



ISSN 1808 - 6470

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

THEMIS

REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura
do Estado do Ceará – ESMEC

Themis Fortaleza V.4 n.2 p. 1-431 jul/dez 2006

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA POR
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS – CRB-3/775**

**THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2006**

**v. 4, n. 2, julho/dezembro
Semestral
ISSN 1808-6470**

1. Doutrina. 2. Jurisprudência.

**I. Escola Superior da Magistratura do Estado do
Ceará-ESMEC**

CDU: 340(05)

© TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ

Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra

Tel. (0XX85) 3278-4204 E-mail: esmec@tj.ce.gov.br

Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz

CEP 60811-670 Fortaleza-CE

DIREÇÃO

Desembargador Ademar Mendes Bezerra

COORDENAÇÃO

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

Flávio José Moreira Gonçalves

CONSELHO CONSULTIVO

Águeda Passos Rodrigues Martins – Alberto Silva Franco – Antônio de Pádua Ribeiro – César Asfor Rocha – Ernando Uchoa Lima – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Luiz Carlos Fontes de Alencar – José Ari Cisne – José Maria de Melo – José Paulo Sepúlveda Pertence – Marco Aurélio Farias de Mello – Paulo Bonavides – Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – Sálvio de Figueiredo Teixeira – Vicente Leal de Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Almir Pazzianotto Pinto – Antônio Augusto Cançado Trindade – Carlos Roberto Martins Rodrigues – Carlos Facundo – Celso Antônio Bandeira de Melo – César Oliveira de Barros Leal – Dimas Macedo – Edgar Carlos de Amorim – Ernani Barreira – Fátima Nancy Andrighi – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Flávio José Moreira Gonçalves – Francisco de Assis Filgueiras Mendes – Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Francisco Luciano Lima Rodrigues – Gizela Nunes da Costa – Hugo de Brito Machado – João Alberto Mendes Bezerra – José Afonso da Silva – José Alberto Rola – José Alfredo de Oliveira Baracho – José Evandro Nogueira Lima – José Filomeno de Moraes Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso – Márcio Thomaz Bastos – Napoleão Nunes Maia Filho – Oscar Vilhena – Roberto Jorge Feitosa de Carvalho – Rogério Lauria Tucci – Sérgio Ferraz – Sílvio Braz Peixoto da Silva – Valeschka e Silva Braga – Valmir Pontes Filho

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores

Tiragem: 1500 exemplares

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Vice-Presidente

Des. Ernani Barreira Porto

Corregedor Geral da Justiça

Des. João de Deus Barros Bringel

TRIBUNAL PLENO

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Ernani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. João de Deus Barros Bringel

Des^a. Huguette Braquehais

Des. Rômulo Moreira de Deus

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

Des^a. Gizela Nunes da Costa

Des^a. Maria Celeste Thomaz de Aragão

Des. José Arísio Lopes da Costa

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des^a. Mariza Magalhães Pinheiro

Des^a. Edite Bringel Olinda Alencar

Des. José Edmar de Arruda Coelho

Des^a. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. José Mário dos Martins Coelho

Des^a. Maria Sirene de Sousa Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Celso Albuquerque Macedo

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

Dr. Raimundo Rebouças de Lima - Secretário Geral

**RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

Diretor Atual: Des. Ademar Mendes Bezerra

Ex-Diretores:

Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenador Atual:

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

Ex- Coordenadores:

Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

SUMÁRIO

ARTIGOS

Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito	13
<i>Luís Roberto Barroso</i>	
Algumas razões para se emendar uma Constituição	101
<i>Valeschka e Silva Braga</i>	
A coisa julgada inconstitucional no Código de Processo Civil	139
<i>Gislene Frota Lima</i>	
Aplicação inconstitucional de lei constitucional	191
<i>Rommel Moreira Conrado</i>	
Direito adquirido contra emendas constitucionais	201
<i>Mariana Almeida de Sousa</i>	
A interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da sentença em mandado de injunção	209
<i>Cristiano Albuquerque Moraes</i>	
A formação do juiz e três modelos de magistrado	229
<i>Danilo Fontenele Sampaio Cunha</i>	
A frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento como critério objetivo na promoção de magistrado por merecimento	243
<i>Marcelo Lima Guerra</i>	
A efetividade do processo no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis	267
<i>Tathiane Loiola Martins</i>	
A justiça eleitoral e a amplitude participativa	297
<i>Maria Joseleide de Araujo Brito</i>	
Impacto ambiental: visão ética e jurídica	333
<i>Moisés Ferreira Diniz</i>	
Os princípios do Direito e a flexibilização das normas trabalhistas	401
<i>Rosa de Fátima Barbosa de Oliveira</i>	

ARTIGOS

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)¹

Luís Roberto Barroso

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Mestre em Direito pela Yale Law School
Doutor livre-docente pela UERJ

Sumário: Introdução. I. Nota prévia. II. A formação do Estado constitucional de direito. Parte I. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. I. Marco histórico. II. Marco filosófico. III. Marco teórico. 1. A força normativa da Constituição. 2. A expansão da jurisdição constitucional. 3. A nova interpretação constitucional. Parte II. A constitucionalização do Direito. I. Generalidades. II. Origem e evolução do fenômeno. III. A constitucionalização do Direito no Brasil. 1. O direito infraconstitucional na Constituição. 2. A constitucionalização do direito infraconstitucional. 3. Constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática. IV. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito 1. Direito civil. 2. Direito administrativo. 3. Direito penal. V. Constitucionalização e judicialização das relações sociais. Conclusão

Introdução

¹ Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA). Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto.

I. Nota prévia

“Chega de ação. Queremos promessas”.

Anônimo

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes³ e a *insegurança* é a característica da nossa era⁴.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O artigo que se segue procura estudar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito

constitucional contemporâneo, lançando sobre elas uma visão positiva e construtiva. Procura-se oferecer consolo e esperança. Alguém dirá que parece um texto de auto-ajuda. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

II. A formação do Estado constitucional de direito

O Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais. Na fase imediatamente anterior, prevalecia a configuração pré-moderna do Estado, fundada em premissas teóricas e em fatores reais diversos. E, na seqüência histórica do Estado de direito tradicional, já na segunda metade do século XX, desenhava-se uma nova formatação estatal, sob o signo das Constituições normativas. É possível identificar, assim, ao longo dos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. Em cada um desses períodos, reservou-se para o Direito, para a ciência jurídica e para a jurisprudência um papel específico⁵.

O *Estado pré-moderno* caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como conseqüência, também normativo⁶. O *Estado legislativo de direito*, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade⁷. A norma legislada se converte em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí,

a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito⁸.

O *Estado constitucional de direito* desenvolve-se a partir do término da 2^a. Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição.

Nesse ambiente se delinearão as múltiplas categorias do novo direito constitucional e da constitucionalização do Direito.

Parte I

Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que

mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

I. Marco histórico

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria⁹.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã¹⁰), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação

da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estri-dentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso¹¹.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de sim-

bolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

II. Marco filosófico

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo¹².

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações¹³. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e

dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX¹⁴. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia¹⁵.

III. Marco teórico

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição

constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

1. A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2^a. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha¹⁶ e, com maior retardo, na Itália¹⁷. E, bem mais à frente, em Portugal¹⁸ e na Espanha¹⁹. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as

eventuais resistências do *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis²⁰. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

2. A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição²¹. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais²².

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003)²³. Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura²⁴. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade²⁵ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁶.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de

constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas²⁷. De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal²⁸, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso²⁹.

3. A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é

que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade³⁰.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico³¹. Proceder-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável

ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*³².

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente³³; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas.

As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete,

levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação³⁴.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance³⁵.

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais³⁶, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contra-

põem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais³⁷. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*³⁸. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à *argumentação*³⁹, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não

estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos⁴⁰.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Parte II

A constitucionalização do direito

I. Generalidades

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias⁴¹, não é dela, tampouco, que se estará cuidando⁴².

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico⁴³. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

II. Origem e evolução do fenômeno

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Este processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual⁴⁴. O leitor atento já terá se dado conta, no entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as

do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o *Human Rights Act*, incorporando ao direito interno a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁵. Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês⁴⁶. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea⁴⁷. O grande debate doutriná-

rio nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores⁴⁸. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth⁴⁹, julgado em 15 de janeiro de 1958⁵⁰.

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”⁵¹, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou

reformas no direito de filiação⁵². De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas)⁵³ e direito dos contratos⁵⁴.

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário⁵⁵.

Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão⁵⁶, tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “guerra das cortes”⁵⁷. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretção das normas infraconstitucionais em vigor.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas⁵⁸ (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério⁵⁹, uso do nome do marido⁶⁰ e direitos sucessórios de filhos ilegítimos⁶¹, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil⁶².

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor⁶³. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971⁶⁴. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para suscitar-se a atuação do Conselho Constitucional⁶⁵. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição⁶⁶.

Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação⁶⁷.

III. A constitucionalização do Direito no Brasil

1. O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa⁶⁸.

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo⁶⁹, civil⁷⁰, penal⁷¹, do trabalho⁷², processual civil e penal⁷³, financeiro e orçamentário⁷⁴, tributário⁷⁵,

internacional⁷⁶ e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável⁷⁷, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

2. A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que

sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microsistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do direito civil⁷⁸, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003⁷⁹.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem

como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional⁸⁰.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

3. A constitucionalização do Direito e seus me-

canismos de atuação prática

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;

b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador⁸¹;

d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição⁸².

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria⁸³.

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas⁸⁴, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo⁸⁵.

IV. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito

1. Direito civil⁸⁶

As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

1ª. fase: *Mundos apartados*

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a “Constituição do direito privado”. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos

protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2ª. fase: *Publicização do direito privado*

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado⁸⁷.

3ª. fase: *Constitucionalização do direito civil*

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”⁸⁸. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a

razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral⁸⁹. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da 2ª. Guerra Mundial, tem início a *reconstrução* dos direitos humanos⁹⁰, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana⁹¹, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas⁹², tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas⁹³, expressando-se em diferentes dimensões⁹⁴. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização*⁹⁵ e uma *repersonalização*⁹⁶ do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*⁹⁷. O debate remonta à decisão do caso *Lüth* (v. *supra*), que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca⁹⁸. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-

americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;

b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)⁹⁹.

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável¹⁰⁰. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado¹⁰¹. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

2. Direito administrativo¹⁰²

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o direito constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata (*v. supra*). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público¹⁰³, associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições¹⁰⁴. Somente após a 2ª. Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral¹⁰⁵ e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. *supra*), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo¹⁰⁶ e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência¹⁰⁷. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade¹⁰⁸.

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios adminis-

trativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica¹⁰⁹.

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais¹¹⁰. Dentre eles é possível destacar:

a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-

estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário¹¹¹. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto¹¹².

b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os

princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)¹¹³.

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa¹¹⁴.

3. Direito penal

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a

produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º (v. *supra*). Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas¹¹⁵, assim como impede a criminalização de outras¹¹⁶. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes¹¹⁷, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável¹¹⁸.

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes¹¹⁹. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica¹²⁰. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade¹²¹; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição¹²².

Uma hipótese específica de constitucionalização do direito penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pediu-se a interpretação

conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador¹²³.

4. Direito processual e demais ramos

Não é propósito desse estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o direito do trabalho, o direito comercial, o direito ambiental e assim por diante. Faz-se, em desfecho, uma última referência, relacionada aos diferentes sub-ramos do direito processual.

No *direito processual*, a repercussão da constitucionalização tem se manifestado no plano do processo penal, do processo civil e do processo administrativo, implicando a reinterpretção¹²⁴, a revogação¹²⁵ ou a inconstitucionalidade de normas e o fomento à produção de novas leis¹²⁶. Também em relação a cada um desses sub-sistemas tem ocorrido uma releitura de interpretações tradicionais, sobretudo à luz do princípio do devido processo legal¹²⁷, em temas variados, que vão desde o reconhecimento da figura do promotor natural até a abrangência do direito ao contraditório, inclusive em questões administrativas¹²⁸.

V. Constitucionalização e judicialização das relações sociais

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional¹²⁹.

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos

últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final¹³⁰. Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração

do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Relativamente ao controle de constitucionalidade das normas, já há alguma literatura recente¹³¹. No tocante ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado¹³². Vale a pena investir uma energia final nessa matéria.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição

republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*¹³³: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica¹³⁴, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação¹³⁵.

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções po-

líticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas¹³⁶.

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia¹³⁷ constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judiciais; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. A terminologia acima deixa traçar a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial¹³⁸ e para a invalidação das leis sociais em geral¹³⁹, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte¹⁴⁰. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais¹⁴¹, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto¹⁴².

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores,

favoráveis à auto-contenção judicial e a teorias como originalismo e não-interpretativismo¹⁴³. De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”¹⁴⁴.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado¹⁴⁵. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los¹⁴⁶. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação¹⁴⁷.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais¹⁴⁸. Além disso, em pa-

íses de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

Conclusão

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.

Notas:

³ Bertold Brecht, Elogio da dialética. In: *Antologia poética*, 1977.

⁴ John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

⁵ Sobre o tema, funcionando como fio condutor das idéias desse tópico, v. Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro del Estado de derecho. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003. V. tb. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001. Para uma

valiosa análise da evolução do Estado sob a ótica fiscal, v. Ricardo Lobo Torres, *A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991.

⁶ No Estado pré-moderno, a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. O direito “comum” era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça de seu conteúdo. *Veritas, non auctoritas facit legem* é a fórmula que expressa o fundamento *jusnaturalista* de validade do direito pré-moderno. V. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 14-17.

⁷ A lei é vista como a expressão da vontade geral, na formulação de Jean-Jacques Rousseau acolhida no art. 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. O legislador, assim, é tido como infalível e sua atuação como insuscetível de controle. Na construção do “Estado legal” ou legislativo, é a lei que está no centro do ordenamento jurídico. “Le ‘legicentrisme’ est la doctrine dominante jusqu’après la seconde guerre mondiale, non seulement en France mais aussi en Europe”, como anota Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul. 2005.

⁸ O Estado de direito moderno, assinala ainda Ferrajoli, nasce sob a forma de Estado legislativo de direito. Graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido “posta” por uma autoridade dotada de competência normativa. *Auctoritas, non veritas facit legem*: este é o princípio convencional do positivismo jurídico. Com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, a ciência jurídica deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina cognoscitiva, explicativa do Direito positivo, autônomo e separado em relação a ela. A jurisdição, por sua vez, deixa de ser produção jurisprudencial do Direito e se submete

à lei como única fonte de legitimação. V. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 14-17.

⁹ Conceda-se ao lugar comum da citação de Shakespeare, *Romeu e Julieta*, 2º ato: “O que há em um nome? Aquilo que chamamos rosa, tivesse qualquer outro nome, teria o mesmo perfume” (Tradução livre do original: “What’s in a name? That which we call a rose, by any other name would smell as sweet”).

¹⁰ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

¹¹ V. Luis Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

¹² Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominar postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

¹³ Sobre jusnaturalismo, v. Norberto Bobbio, *Locke e o direito natural*, 1998, e *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965; Guido Fassò, *Jusnaturalismo*. In: Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Diccionario de política*, 1998; Hans Kelsen, *A justiça e o direi-*

to natural, 1963; Ana Paula de Barcellos, As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, *Revista Forense* 351:10, 2000; Viviane Nunes Araújo Lima, *A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural*, 1999; Noel Struchiner, Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: Antônio Cavalcanti *et al* (orgs.), *Perpectivas atuais da filosofia do direito*, 2005; George Christie e Patrick Martin, *Jurisprudence: Text and readings on the philosophy of law*, 1995, p. 118-390.

¹⁴ Sobre positivismo jurídico, v. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1979; Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico*, 1995; Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, 1998; H.L.A. Hart, *The concept of law*, 1988; George Christie e Patrick Martin, *Jurisprudence: Text and readings on the philosophy of law*, 1995, p. 392-724.

¹⁵ V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”.

¹⁶ Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁷ Na Itália, em um primeiro momento, a jurisprudência negou caráter preceptivo às normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, considerando-as insuscetíveis de aplicação sem a interposição do

legislador. Sobre o tema, v. Therry Di Manno, *Code Civil e Constitution en Italie*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005. V. tb., Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952.

¹⁸ V. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss..

¹⁹ Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; e *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

²⁰ Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; e tb. *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data da 1ª. edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

²¹ V. Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 714: "The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted. (...) These included the three Axis powers, Germany (1949), Italy (1948), and Japan (1947)". Nesse texto, Gardbaum, professor da Universidade da Califórnia, estuda, precisamente, três experiências que, de acordo com sua análise, ficaram de fora da onda do *judicial review*: Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá.

²² Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na

Europa, na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Partindo de uma perspectiva doutrinária diversa da que prevaleceu nos Estados Unidos, concebeu ele o controle como uma função constitucional e não propriamente como uma atividade judicial. Para tanto, previu a criação de um órgão específico – o Tribunal Constitucional – encarregado de exercê-lo de maneira concentrada. V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 18.

²³ Sobre o tema, v. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 2, 1996, p. 383 e ss.; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2001, p. 39-40; Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 715-16; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 43.

²⁴ Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.

²⁵ Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. V, ainda, Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

²⁶ V. Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.

²⁷ As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, v. dentre muitos: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Lênio Luiz Streck,

Jurisdição constitucional e hermenêutica, 2002; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

²⁸ Apenas entre janeiro e abril de 2005 foram distribuídos 9.924 recursos extraordinários para o Supremo Tribunal Federal. V. o sítio do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (In: <http://www.stf.gov.br/bndpj/stff/>, visitado em 8 ago 2005).

²⁹ A EC nº 45/2004 introduziu o § 3º do art. 102, com a seguinte dicção: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

³⁰ V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

³¹ No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.

³² Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.

³³ V. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de*

sistema na ciência do Direito, 2002, p. 277. Embora o pensamento do autor seja, em princípio, infenso à tópica, reconhece ele que a positivação de normas de textura aberta dá espaço à utilização do referido método, sem perder de vista, contudo, a primazia das conexões sistemáticas que conferem legitimidade à interpretação jurídica. Textualmente: “Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em setores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito internacional privado do que, por exemplo, no Direito imobiliário ou no Direito dos títulos de crédito”. Sobre a tópica, especificamente, Theodor Viehweg, *Tópica e jurisprudência*, 1979 (a 1ª edição do original *Topik und Jurisprudenz* é de 1953). V. tb. Paulo Roberto Soares Mendonça, *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*, 2003.

³⁴ As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.

³⁵ Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula de Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica,

à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmiento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à “saúde curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

³⁶ Note-se que há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).

³⁷ Sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tese de doutoramento apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

³⁸ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, e *Constitutional rights, balancing, and rationality*, *Ratio Juris* 16:131 (também disponível em http://cpdp.uab.es/documents/docencia/casanovas_pompeu/alex3.pdf, visitado em 2 ago. 2005); Karl Larenz, *Metodología da ciência do direito*, 1997; Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; Ricardo Lobo Torres, *Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação*. In: Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 e ss.; José Maria Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 2000; Aaron Barak, *Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy*, *Harvard Law Review*, 116:01, 2002; Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003; Humberto Ávila, *Teoría dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003; Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

³⁹ Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado*

da argumentação: *A nova retórica*, 1996 (1ª. edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Stephen E. Toulmin, *The uses of argument*, 1958; Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978; Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Notas sobre direito, argumentação e democracia. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999; Cláudia Servilha Monteiro, *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*, 2003; e Klaus Gunther, *Teoria da argumentação no direito e na moral*, 2004.

⁴⁰ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978 que sistematiza como requisitos justificadores de uma decisão: a) o requisito da universalidade; b) o requisito da coerência e da consistência; c) o requisito consequencialista, que diz respeito aos efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo. Sobre princípio da coerência, v. Marina Gaensly, *O princípio da coerência: Reflexões de teoria geral do direito contemporânea*, 2005, dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, sob minha orientação.

⁴¹ Sobre o tema, v. Pierre Bom, Table ronde: Le cas de Espagne. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005, p. 95: “Como se sabe, a Constituição espanhola de 1978 é um perfeito exemplo do traço característico do constitucionalismo contemporâneo, no qual a Constituição não se limita mais, como no passado, a dispor sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. Ela vem reger praticamente todos os aspectos da vida jurídica, dando lugar ao sentimento de que não há fronteiras à extensão do seu domínio: tudo (ou quase) pode ser objeto de normas constitucionais; já não há um conteúdo material (e quase imutável) das Constituições.” (tradução livre, texto ligeiramente

editado).

⁴² Embora não se possa negar que a presença, na Constituição, de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal) influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

⁴³ Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, *La constitutionnalization du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”. E, também, Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

⁴⁴ Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

⁴⁵ A nova lei somente entrou em vigor em 2000. Com britânico exagero, tal evento foi saudado como “a remarkable new age of constitutionalism in the UK” (Bogdanor, *Devolution: The constitutional aspects*. In: *Constitutional reform in the United Kingdom: Practices and principles*, 1998) e como “a turning point in the UK’s legal history” (Lester, *The impact of the Human Rights Act on Public Law*. In: *Constitutional reform in the United Kingdom: Practices and principles*, 1998). Ambas as citações foram colhidas em Stephen Gardbaum, *The new commonwealth model of constitutionalism*, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, pp. 709 e 732. O comentário sobre o exagero é meu.

⁴⁶ A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (In: www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm, visitado em 8 ago. 2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

⁴⁷ Veja-se, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4ª. Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6ª. emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos,

em língua portuguesa, v. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

⁴⁸ Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149: “A idéia de eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolveu-se (...) sempre no sentido do alargamento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários”; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214: “É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica (von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art I-19*, N. 22)”; e, também, Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371: “Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, que se liga à compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Esta dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos”.

⁴⁹ Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria

pautar a interpretação do Código Civil.

⁵⁰ *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.

Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfüer” e “Wallraff”; Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss..

⁵¹ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 85.

⁵² Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

⁵³ Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005).

⁵⁴ Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, *Table ronde: Le cas de l’Allemagne*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio www.bverfg.de visitado em 4 ago. 2005).

⁵⁵ Sobre o tema, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Therry Di Manno, *Code Civil e Constitution en Italie*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

⁵⁶ Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte

utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da argüição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da argüição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da argüição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

⁵⁷ Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 107.

⁵⁸ Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 103.

⁵⁹ Sentença 127/1968, j. 16 dez 1968, Rel. Bonifácio, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

⁶⁰ Sentença 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

⁶¹ Sentença 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte declarou a

inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

⁶² N. Irti, *L'età della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

⁶³ Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembléia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuíssem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

⁶⁴ Objetivamente, a decisão nº 71-44 DC, de 16.07.71 (In: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, visitado em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle

de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, Dalloz, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, *Was it France’s Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; J.E.Beardsley, *The Constitutional council and Constitutional liberties in France*, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

⁶⁵ A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional e o Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul.2005.

⁶⁶ V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998,

p. 190-2.

⁶⁷ Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l’État de droit, la soumission de l’État à des juges, sous l’influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l’Allemagne Fédérale et de l’americanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s’imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d’appel sont devenus paroles d’évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lê cãs échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel” (p. 409).

⁶⁸ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

⁶⁹ No âmbito do direito administrativo há, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre desapropriação e requisição. Há, também, um imenso capítulo sobre a Administração Pública, que cuida de temas como concurso público, licitação, regime jurídico dos servidores, aposentadoria, responsabilidade civil do Estado etc., além de outras normas ao longo do texto.

⁷⁰ Em tema de direito civil, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, existem normas sobre propriedade e sua função social, propriedade industrial e intelectual, direito de sucessões e defesa do consumidor. Ao longo do texto são encontradas normas diversas sobre a caracterização da função social da propriedade, sobre direito de família, aí incluídos temas como filiação, adoção, união estável e divórcio, sobre proteção da criança e do adolescente, dentre outros.

⁷¹ Quanto ao direito penal a Constituição consagra, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre o princípio da legalidade penal, não-retroação das normas penais, criminalização do racismo,

enunciação de crimes inafiançáveis. No final da Carta (art. 228), há uma norma sobre a inimputabilidade dos menores de dezoito anos.

⁷² Em matéria trabalhista a Constituição prevê um capítulo inteiro, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, para os temas mais diversos, aí incluídos salário-mínimo, jornada de trabalho, direito de repouso, direito de férias, aviso prévio, licenças (paternidade e às gestantes), bem como greve e relações sindicais.

⁷³ Relativamente ao direito processual enuncia, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, regras comuns ao processo penal e civil, como devido processo legal, publicidade dos atos processuais, assistência judiciária, ações constitucionais, duração razoável dos processos. Especificamente no tocante ao direito processual penal, há normas sobre juiz natural, presunção de inocência, individualização da pena, prisão, direitos dos presos etc.

⁷⁴ Também para o direito financeiro e orçamentário foi criada uma longa seção dedicada à fiscalização contábil, financeira e orçamentária e sobre a atuação dos tribunais de contas, além de normas voltadas para as finanças públicas e orçamento, em título específico sobre tributação e orçamento.

⁷⁵ Ao direito tributário a Constituição dedica um capítulo longo e detalhado, com a definição das competências impositivas de cada ente estatal, da repartição de receitas tributárias e o estabelecimento das limitações ao poder de tributar. Trata-se de um dos mais longos capítulos do texto, que, nada obstante, tem se mostrado incapaz de conter a voracidade tributária e fiscal do Estado brasileiro.

⁷⁶ A propósito do direito internacional público, o título dedicado aos princípios fundamentais contém um longo elenco de princípios a serem observados pelo Brasil nas suas relações internacionais. Ao longo do texto há inúmeras normas sobre tratados internacionais, com referências a seu conteúdo – tratados de direitos humanos, tratado sobre jurisdição penal internacional – e ao mecanismo para sua aprovação pelo Congresso. No plano do direito internacional privado, há regras sobre homologação de sentença estrangeira e efeitos de decisões estrangeiras no Brasil, bem como sucessão de bens de estrangeiro aqui situados.

⁷⁷ Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

⁷⁸ Sobre o caso italiano, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; e Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

⁷⁹ O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepedino referiu-se a ele como “retrógrado e demagógico” acrescentando: “Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre”(Revista trimestral de direito civil 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005.

⁸⁰ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier,

Filtragem constitucional, 1999.

⁸¹ Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controvertida questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*).

⁸² Relativamente a esta segunda possibilidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189: “É possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.

⁸³ Nesse sentido, v. STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

⁸⁴ A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do

enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o preso tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, DJU 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, DJU 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

⁸⁵ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

⁸⁶ Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*

contemporâneo (coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Heloísa Helena Barboza, Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *Revista da Faculdade de Direito*, UERJ, 1998-99; Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato: Novos paradigmas*, 2002; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, Constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

⁸⁷ V. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26: “A característica do Direito Privado é a predominância das normas dispositivas, de maneira que a grande maioria delas, principalmente no terreno das obrigações, só incide se a convenção das partes não dispuser de modo diverso. No entanto, sempre existiu dentro do Direito Civil certas regras que, mesmo se destinando a reger relações privadas, não entram na esfera de livre disponibilidade dos sujeitos das relações jurídicas civis. São as normas cogentes, cujo conteúdo é considerado de ordem pública. Com a evolução do moderno Estado Social de Direito nota-se um grande incremento desse tipo de normas, por meio das quais se realiza a intervenção estatal no domínio econômico, praticando o dirigismo contratual, tal como se dá, por exemplo, com a legislação bancária, com o inquilinato, com o estatuto da terra, com os loteamentos e incorporações etc.”. V. tb. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, 2004, p. 18.

⁸⁸ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

⁸⁹ Para este fim, v. Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998.

⁹⁰ Este é o título do celebrado trabalho de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre o tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991.

⁹¹ O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2004; José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Revista Interesse Público* 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: “[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”; e Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59-60, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

⁹² Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

⁹³ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

⁹⁴ Em denso estudo, Maria Celina Bodin de Moraes, *Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

⁹⁵ O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la ‘depatrimonializzazione’ del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

⁹⁶ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000: “(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais”. A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

⁹⁷ Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e

Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Rodrigo Kaufmann, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mimeografado, tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo – USP; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004.

⁹⁸ Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

⁹⁹ Para um aprofundamento do tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

¹⁰⁰ No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

¹⁰¹ Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, *Revis-*

ta *Del Rey Jurídica* 13:23, 2004: “Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional”. Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais freqüentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

¹⁰² Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; Caio Tácito, O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro, *Revista de direito administrativo* 202:1, 1995; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998; Maria Sylvia di Pietro, *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999; Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, 2003; Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Marcos Juruena, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; Paulo Modesto, A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; Humberto Ávila, Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras*, 2002; Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de direito administrativo* 239:1, 2005. V. tb. Luís Roberto Barroso: Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In:

Temas de direito constitucional, t. I, 2002; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: Idem; Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Idem; Para a formação da doutrina administravista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1ª edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1ª edição de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a Revista de Direito Administrativo, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1ª edição de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.

¹⁰³ Sobre o tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

¹⁰⁴ A propósito, v. o célebre artigo de Georges Vedel, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

¹⁰⁵ V. por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. Gustavo Binbenjy, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

¹⁰⁶ V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

¹⁰⁷ A Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

¹⁰⁸ V. Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras. Constituição, trans-*

formações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003: “O Estado moderno, o direito constitucional e o direito administrativo passaram nas últimas décadas por transformações profundas, que superaram idéias tradicionais, introduziram conceitos novos e suscitaram perplexidades ainda não inteiramente equacionadas. Nesse contexto, surgem questões que desafiam a criatividade dos autores, dos legisladores e dos tribunais, dentre as quais se incluem, em meio a diversas outras: a) a definição do regime jurídico e das interações entre duas situações simétricas: o desempenho de atividades econômicas privadas pelos entes públicos e, especialmente, a realização por pessoas privadas de atividades que deixaram de ser estatais, mas continuaram públicas ou de relevante interesse público; b) o difícil equilíbrio entre diferentes demandas por parte da sociedade, envolvendo valores que se contrapõem ou, no mínimo, guardam entre si uma relação de tensão, como: (i) eficiência administrativa, (ii) participação dos administrados e (iii) controle da Administração Pública e suas agências pelos outros órgãos de Poder e pela sociedade; (...)”.

¹⁰⁹ As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

¹¹⁰ Sobre este tema específico, v. os projetos de doutoramento de Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, ambos apresentados ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

¹¹¹ Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997,

p. 429 e ss..

¹¹² Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmiento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?, *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

¹¹³ Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; Romeu Bacellar, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Ruy Samuel Espíndola, Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas, *Interesse Público* 21:57, 2003.

¹¹⁴ Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: “Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores”.

¹¹⁵ Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos

armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

¹¹⁶ Como por exemplo: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”; “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

¹¹⁷ É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: “Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

¹¹⁸ Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se *habeas corpus* em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, *DJU* 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trançou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boafé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a *insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal* (STF, *DJU* 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

¹¹⁹ O presente parágrafo beneficia-se da discussão de idéias trazidas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações*, mimeografado, 2005, trabalho de final de curso apresentado na disciplina *Interpretação Constitucional*, do Programa de Pós-graduação em

Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Averbou a autora: “Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como última *ratio*, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões”.

¹²⁰ Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

¹²¹ É o caso da disciplina penal dada pela Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à adulteração de medicamentos que, por sua vez, prevê penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre o tema, v. Miguel Reale Júnior, A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Outro exemplo é o da Lei nº 9.437/97, que em seu art. 10 pune com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. Ingo Sarlet, Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, *Revista de Estudos Criminais* 12:86, 2003.

¹²² Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mimeografado, 2005, p. 15, considera de “duvidosa constitucionalidade”

a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tributo antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95 e pelo art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

¹²³ STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável.

¹²⁴ Por aplicação do princípio constitucional da igualdade, a jurisprudência do STJ e os demais juízos passaram a aplicar para os crimes de competência dos juizados especiais estaduais o conceito de infração de menor potencial ofensivo trazido pela Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os juizados especiais federais. V, por exemplo, o recente REsp 65733-0 (*DJU* 11 abr. 2005, Rel. Min. Laurita Vaz).

¹²⁵ Exemplo recente envolvendo a revogação de normas de direito processual penal consiste na edição na Lei nº 10.792/03, que trata do interrogatório como meio de defesa (e não mais como meio de prova). Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, 2005, p. 19: “Assim, a anterior redação do art. 186 do CPP, que já dávamos como revogada pelo texto constitucional de 1988, foi expressamente afastada da ordem jurídica, com a substituição de seu conteúdo pela citada Lei n. 10792/03), a nova redação do art. 186 *revoga definitivamente* o contido no art. 198, CPP, por absoluta e manifesta incompatibilidade”.

¹²⁶ De que é bom exemplo a Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

¹²⁷ O devido processo legal passou a ter previsão expressa no texto

constitucional, a partir da Constituição de 1988, e garantias a ele inerentes aplicam-se tanto ao processo judicial como administrativo. É a previsão dos incisos a seguir transcritos do art. 5º da Constituição Federal: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹²⁸ No plano do processo penal tem sido invocado, ilustrativamente, para: considerar inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial (STJ, *RT 755:569*); reconhecer haver constrangimento ilegal no uso de algemas, quando as condições do réu não ofereciam perigo (TJRS, *RT 785:692*); para negar extradição à vista da perspectiva de inobservância do devido processo legal no país requerente (STF, *DJU 6 abr. 2001*, p. 67). No âmbito do processo civil, por exemplo, para determinar fosse ouvida a parte contrária na hipótese de embargos de declaração opostos com pedido de efeitos modificativos, a despeito de não haver previsão nesse sentido na legislação (STF, *DJU 19 dez. 2001*, p. 9). E por fim, na esfera do processo administrativo, para entender ilegítima a sua anulação, em caso de repercussão sobre interesses individuais, sem observância do contraditório (STF, *DJU 14 ago. 1997*).

¹²⁹ A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

¹³⁰ O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: Duas análises, *Lua Nova 57:113*, 2002.

¹³¹ No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v.,

exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (a publicação original foi entre 1787 e 1788), especialmente O *Federalista* n° 78; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejam-se: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

¹³² V. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005; e Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

¹³³ A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1ª. edição é de 1962.

¹³⁴ Relembre-se que no atual estágio da dogmática jurídica reconhece-se que, em múltiplas situações, o juiz não é apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”, na expressão de Montesquieu. Hipóteses há em que o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito, integrando o conteúdo da norma com valorações próprias e escolhas fundamentadas, notadamente quando se trate da aplicação de cláusulas gerais e princípios. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *Revista Forense* 371:175.

¹³⁵ Sobre o tema, vejam-se Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio,

A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹³⁶ V., especialmente, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: “Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral”. Porém de outra parte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (grifos no original).

¹³⁷ Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: “Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que ‘é’ uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versem sobre o que a constituição ‘deve ser’, i. e., incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando ‘filosofia constitucional’”.

¹³⁸ Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

¹³⁹ A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras lei. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.

¹⁴⁰ Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte – *Court-packing plan* –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

¹⁴¹ Veja-se o registro dessa mudança em Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”.

¹⁴² Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de

pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966)

¹⁴³ A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. Robert Bork, *The tempting of América*, 1990, e William Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review* 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, e Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹⁴⁴ Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, *“Here the people rule”: A popular constitutionalist manifest*, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, *Constitutional self-government*, 2001; Erwin Chemerinsky, *In defense of judicial review: A reply to professor Kramer*, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92: 1045.

¹⁴⁵ Christopher L. Eisgruber, *Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics*, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31: “Constitutional theorists...have not paid much attention to the possibility of a conceptual distinction between ‘the electorate’ and ‘the people’ (...). ‘Government by the electorate’ and ‘government by the legislature’ are both unsatisfactory interpretations of ‘government by the people’. (...) Both legislators and voters have incentives to make political decisions on the basis of self-interest. In the case of legislators, the incentive is simple: legislators must worry about keeping

their jobs. (...) (As to voters), I emphasize two consequences that flow from these incentives. First, it is thought legitimate, and perhaps desirable, for voters to cast their ballots on the basis of their self-interest (voters may, for example, permissibly choose whatever candidate will minimize their tax burden). Second, voters have no institutional incentives to take moral responsibility for their decisions: unlike judges, they act in large groups, and they need give no account of the reasons for their decision. (...) I defend judicial review on the ground that it is a reasonable, pro-democratic (though also imperfect) corrective to the imperfections of electorates and legislatures”.

¹⁴⁶ A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo do que se vem de afirmar foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. *Inf. STF 393*, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.

¹⁴⁷ V. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: “Na fórmula constitucional primordial, ‘todo poder reside no povo’. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, ‘nem todo o poder vem do povo’. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo”.

¹⁴⁸ Luís Roberto Barroso, Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 314-5: “Como já referido, porém, a Constituição não

ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.

A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador”.

ALGUMAS RAZÕES PARA SE EMENDAR UMA CONSTITUIÇÃO

Valeschka e Silva Braga¹

Professora de Direito Constitucional da Faculdade Christus atualmente licenciada para Doutorado na Universidade Paris I – Sorbonne
Mestre em Direito Publico UFPE; Advogada da União
Membro da Associação Francesa de Direito Constitucional (AFDC)

Resumo

Trata-se de uma breve análise das reformas introduzidas em duas Constituições contemporâneas: a Brasileira e a Francesa, a fim de elencar alguns dos motivos que levam o Poder Constituinte Derivado a agir.

Introdução

“Se queremos que tudo continue, é necessário que tudo mude”.¹ Esta célebre frase tirada do livro “Le Guépard” do escritor italiano Tornaso di Lampedusa levamos ao questionamento inicial de saber se é necessário, realmente indispensável, recorrer ao “arriscado expediente”² da reforma constitucional.

Deve-se, inicialmente, sublinhar que a Constituição é a lei fundamental da nação e que o seu papel é essencialmente regular a vida política de um Estado. Ela determina o sistema e os meios de distribuição das competências, fixa (freqüentemente) uma lista dos direitos fundamentais, bem como as orientações essenciais das

¹autora de diversos artigos publicados em Revistas jurídicas e do livro *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

revisões. Ela é, portanto, um texto geral que permite organizar a vida política do Estado e dos indivíduos que nele transitam (cf., neste sentido, o art. 16 da Declaração Francesa de direitos do homem e do cidadão de 1789).

Tendo em vista estes fins e em decorrência de mudanças objetivas reais, a Constituição deve progredir.

Ela o faz no sentido de satisfazer às exigências do desenvolvimento de todos os aspectos da vida política, econômica e social. Com efeito, ao se fazer uma avaliação de algumas circunstâncias (de reformas sociais, de abertura do ordenamento jurídico a outras ordens ou de simples modernização), é necessário proceder à revisão de aspectos da Constituição que porventura estejam numa situação de ruptura com a realidade ou, ainda, criar uma nova lei fundamental. Pode-se dizer, então, que o Poder Constituinte é aquele capaz de elaborar (Originário) ou de reformar a Constituição (Derivado ou Reformador).

Quando se diz que uma Constituição é rígida, isso indica que ela comporta disposições que restringem a liberdade de reforma. Pode-se dizer, ao contrário, que a ausência de tais disposições induz a uma liberdade reformatória. No mundo e na história constitucional brasileira, há uma enorme variedade de condições requeridas para uma revisão constitucional.³

De fato, nos sistemas de Constituições escritas⁴ e rígidas (que implica na existência de um procedimento mais elaborado para alterar a lei fundamental que aquele previsto para as demais leis), existe, inclusive, previsão, no texto constitucional, dos procedimentos ora exigíveis. Não obstante, por vezes, para reforçar o valor de seu conteúdo, a Constituição também prevê limites materiais ao Poder Constituinte Derivado (a título de ilustração, pode-se citar os casos da Lei Fundamental Alemã, de 1949 e do Texto Constitucional Português, de 1976).

Não é difícil concluir, mesmo através de uma análise rápida, que a Constituição Brasileira de 1988 já foi bastante modificada. Afinal, até esta data, 5 de junho de 2006, foram nada menos que 58 Reformas⁵, sendo 52 emendas constitucionais propriamente ditas⁶ e 6 de revisão⁷, de maior ou menor amplitude, que tocaram o nosso texto constitucional! A Constituição Francesa de 1958, por sua vez, também foi objeto de emendas, mas que totalizam 19 até o presente momento.⁸

A partir desta constatação, pareceu interessante verificar, à luz do sistema constitucional francês instaurado pela Constituição de 1958⁹, quais poderiam ser consideradas razões válidas para uma modificação constitucional.

Entretando, se se trata, aqui, de saber quais são as razões das reformas, é necessário primeiro (I) compreender as suas justificações mais gerais, para depois (II) aprofundar-se acerca das razões que estiveram na origem de algumas delas, notadamente, daquelas incidentes sobre a Constituição Francesa de 1958, objeto central deste estudo sobre reformas constitucionais.

Imperativo salientar que o objetivo deste trabalho não é a exaustividade, mas simplesmente dar alguns exemplos que possam ilustrar a argumentação apresentada, até para que não se torne enfadonha a sua leitura. Além disso, não se teve por escopo, através deste breve comentário, fazer propriamente Direito Comparado, embora seja inevitável que algumas confrontações entre o sistema francês e o brasileiro tenham sido eventualmente empregadas.

I A justificativa das emendas: razões gerais.

“Não se mexe em um time que esteja ganhando”.

Se o ditado é verdadeiro, isso significaria dizer

que quando um texto constitucional é modificado, a razão adviria da sua inabilidade em fazer um jogo compatível com a realidade.

Mas isso nos leva a questionar até que ponto as estratégias adotadas servem para modificar profundamente o sistema constitucional vigente ou apenas par corrigir alguns desajustes. Assim, pode-se repartir as emendas em corretivas ou verdadeiramente modificadoras.

1. As emendas corretivas.

São aquelas acarretadas por novos desenvolvimentos que aparecem ao longo da modernização do país, de uma política de reformas ou de abertura a outras ordens jurídicas.

Após a promulgação da Constituição de 4 de outubro de 1958¹⁰, a França teve que se adaptar às novas lições decorrentes da experiência de governo do país, aos novos conteúdos do sistema social, da política e da economia, etc. Todas estas grandes questões passaram, de uma forma mais ou menos indireta, a serem refletidas pela Constituição Francesa.¹¹ Para isso, foi necessário rever as cláusulas relativas a certos aspectos específicos da Constituição.

Pode-se citar, como exemplos, as leis constitucionais (nomenclatura correspondente às “emendas constitucionais” brasileiras) que alteraram: 1. as datas de sessões parlamentares (cf. LC n. 63-1327, de 30 de dezembro de 1963); 2. a forma de substituição do Presidente da República, incluindo dispositivo acerca de impedimento à candidatura eleitoral a este cargo (cf. LC n. 76-527, de 18 junho de 1976), dentre outras.

Permitiu-se, assim, não somente aperfeiçoar a

Constituição, adaptá-la ainda mais à realidade, como, principalmente, conservar a dita 5ª República.¹²

No Brasil, pode-se apontar como exemplo de emenda constitucional corretiva a de n. 2/92, que se limitou a antecipar o plebiscito previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹³ de 7.09.93 para 21.04.93. Mesmo se esta antecipação tenha causado mal-estar político e doutrinário, ela não acarretou profundas alterações do nosso texto constitucional de 1988.

Foi também o caso da Emenda Constitucional n. 32, de 11.09.2001, que alterou o regime das Medidas Provisórias. Considera-se corretiva pois ela adveio para frear o abuso desta ferramenta por sucessivos Presidentes da República. De fato, por meio deste instrumento, de caráter temporário e excepcional (exigidos os requisitos discricionários de “relevância e urgência”), com força de lei, o Chefe do Poder Executivo acabava por usurpar a função legisladora do Poder Legislativo. É que, expirado o prazo de sua vigência (30 dias), sem que o Congresso Nacional sobre ela se tivesse pronunciado, a referida medida era reiteradamente objeto de reedições sucessivas.¹⁴

Se o instituto “medidas provisórias” foi profundamente modificado pela reforma mencionada, ele subsiste. Portanto, o objetivo da EC n. 32/2001 foi de detalhar as condições de seu uso e corrigir sua distorção, mas não de instaurar ou suprimir fórmulas instituídas pelo Constituinte de 1988.

Convém salientar que, se a construção europeia acarretou reformas constitucionais importantes no seio da Constituição Francesa de 1958, não se pode dizer categoricamente que a Constituição Brasileira de 1988 tenha sofrido alterações por força da integração sul-americana (Mercosul).

Mas, se é possível falar em reformas constitucionais corretivas, sem que com esta nomenclatura se pretenda dizer que elas tenham menos importância, pode-se também observar que existem reformas incidentes nos textos constitucionais que acarretam consequências mais profundas no sistema constitucional originário.

2. As reformas verdadeiramente modificadoras.

Estas revisões alteraram de maneira tão significativa a Constituição que se questiona se não se deveria ter mudado mesmo de Constituição.

Estando a Constituição na “origem”, como fundamento, de todas as demais normas jurídicas e, como fonte principal da organização dos poderes, a sua modificação, em determinados pontos, pode alterar substancialmente a estrutura da distribuição de competências, do regime constitucional adotado para determinados agentes, etc. As reformas verdadeiramente modificadoras incidem, então, sobre as “decisões políticas fundamentais”¹⁵ do Estado e provocam uma verdadeira “revolução constitucional”.¹⁶

Na França, no âmbito da atual 5ª República, pode-se citar como exemplo o da reforma adotada em 1962, que instaurou o voto direto e universal para a eleição do Presidente da República¹⁷, instituindo, por conseguinte, no sistema parlamentar de governo instaurado pelo Constituinte de 1958, um elemento de configuração tipicamente presidencialista.

Se o regime presidencialista tinha sido excluído pelo Constituinte Francês de 1958¹⁸, parece que a instauração da eleição direta e universal para Presidente da República lhe atribui “uma nova legitimidade

democrática”¹⁹ que rompe com o equilíbrio entre os poderes deste e do Primeiro Ministro.

No mesmo sentido, alguns autores acreditam que a redução do mandato presidencial²⁰ em dois anos (de 7 para 5), efetivada pela emenda de 2 de outubro de 2002, comprometeu o papel de árbitro, de poder neutro capaz de assegurar a continuidade do Estado, do Presidente da República Francês pois tornou-o mais suscetível à vontade política expressa a cada quinquênio.

Foi também o caso da revisão que abriu a novos legitimados (60 deputados ou 60 senadores) a possibilidade de promover a ação (saisine) de inconstitucionalidade. De fato, esta reforma contribuiu para o fortalecimento do Legislativo e para o engrandecimento do papel do Conselho Constitucional. Ele teve, ainda, por consequência um crescimento considerável do número de ações do controle (preventivo) de constitucionalidade.²¹

Estas revisões assinalam a maleabilidade do texto constitucional para adaptar-se às múltiplas situações e, na expressão de Maud Fouquet-Armand, são “um sinônimo de abertura quanto à pluralidade de leituras e de interpretações”.²²

Mas elas levaram alguns autores a defender a chegada ou “emergência oficiosa” material da 6ª República!²³ Ora, um jurista brasileiro ao observar as modificações citadas não as vê como tão constrangedoras do sistema instaurado pela redação original da Constituição francesa de 1958, pois a Carta Federal Brasileira já passou por um processo de desfiguração muito mais embaraçoso.

É que, no Brasil, o problema é mais crônico e merece intensa preocupação. De fato, sendo a nossa Constituição bastante detalhista, não apenas em relação à

organização institucional e aos direitos fundamentais, muitas das opções iniciais do Constituinte foram substancialmente modificadas, tais como: o regime jurídico dos militares (EC n. 18, de 05.02.98) o estatuto e a aposentadoria dos servidores públicos civis (EC n. 19, de 04.06.98, EC n. 20, de 15.12.98 e EC n. 41, de 19.12.03²⁴), o regime geral de previdência social (EC n. 20, de 15.12.98), a representação paritária de empregados e empregadores perante a Justiça Trabalhista (EC n. 24, de 09.12.99), a quebra do monopólio estatal sobre a pesquisa, lavra, refinação, exportação e importação do petróleo (EC n. 9, de 09.11.95).

Um dos exemplos mais marcantes da profunda alteração institucional promovida por uma reforma constitucional é o da Reforma do Poder Judiciário (EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004) que, dentre outras disposições, instituiu um novo órgão no referido Poder, o Conselho Nacional de Justiça, dotado de poderes até então desconhecidos no ordenamento jurídico nacional, tais como o de revocar os processos disciplinares contra órgãos, membros ou serviços auxiliares do Poder Judiciário; o de fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes; e, em concorrência com o Tribunal de Contas da União, o de verificar a legalidade dos atos administrativos emanados do referido Poder, anulando os ilegais (cf. art. 103-B, CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004).

Classificadas as emendas constitucionais segundo as suas consequências na ordem jurídica de um Estado, convém agora traçar algumas considerações acerca dos problemas que se pode encontrar no que diz respeito às formalidades do processo de reforma constitucional.

II As dificuldades relacionadas à origem de reforma constitucional.

Para a melhor compreensão do que se tem a tratar neste tópico, convém traçar algumas linhas preliminares acerca do processo de reforma constitucional na França. De uma forma bastante simplificada, pode-se afirmar que:

Na França, a iniciativa do projeto de emenda constitucional é concorrente, sendo da competência conjunta do Presidente da República, mediante proposta do Primeiro-Ministro e, ainda, da competência dos membros do Parlamento (cf. art. 89 da Constituição de 1958). Assim, os dois primeiros não podem desencadear o processo reformatório sozinhos, pois tanto o primeiro depende da proposição do segundo, quanto este necessita da aceitação daquele. Neste caso, fala-se em proposição de lei constitucional. Caso a iniciativa provenha do Poder Legislativo, fala-se em projeto de lei constitucional. A adoção (aceitação) do projeto ou da proposição de lei constitucional é feita pelas duas Assembléias (Senado e Assembléia Nacional), em termos idênticos.²⁵

A ratificação que pode ser feita de duas formas :

- 1. no caso da iniciativa ser parlamentar, ela deve necessariamente ser feita por referendo²⁶ ;*
- 2. em caso de proposição de emenda, ou seja, se a iniciativa for do Poder Executivo, é o Presidente da República que deve escolher entre a ratificação popular ou a representativa (pelo Congresso, ou seja, por votação das casas legislativas reunidas, considerando-se ratificada a proposição que obtiver 3/5 dos votos expressos).*

Problema clássico quando se fala em reforma constitucional diz respeito aos seus limites. Enquadrados de forma expressa na Constituição Francesa de 1958 (cf.

art. 89), eles podem ser classificados em duas espécies :

1. circunstanciais (*nas hipóteses de atentado à integridade do território francês e de vacância da Presidência da República – ou, ainda, em virtude da interpretação dada pela decisão do Conselho Constitucional de n. 92-312 DC, de 2 de setembro de 1992, na hipótese de o Presidente da República dissolver as duas Assembléias, fundamentado no artigo 16 da referida Constituição²⁷, para que o Poder Executivo não se valha de uma situação de crise excepcional para impor uma reforma constitucional*).

2. material (*quanto à forma republicana de governo*).

Por uma extensão doutrinária da interpretação do texto constitucional, que enuncia: “la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l’objet d’une révision”, também são considerados limites materiais os valores e princípios inerentes à forma republicana do regime (tais como, no ordenamento francês, princípio do Estado laico, o da igualdade, o da fraternidade, o da dignidade da pessoa humana, o da prestação de serviços públicos, etc.²⁸

No Brasil, a iniciativa das emendas constitucionais compete a/ao: 1. um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; 2. o Presidente da República; 3. mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

No que diz respeito à sua adoção, elas dependem de aprovação, por 3/5 dos parlamentares, em dois turnos (havendo, portanto, quatro votações: 2, na Câmara dos Deputados e 2, no Senado Federal) de um texto único.

Estão dispostos, ainda, textualmente na

Constituição (art. 60), como limites que impedem a reforma constitucional:

1. circunstanciais: *a vigência de estado de defesa (cf. art. 136), de estado de sítio (cf. art. 137) ou de intervenção federal (art. 34);*

2. materiais, *tudo o que tenda a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.*

Não estando previsto qualquer tipo de ratificação de um projeto votado pelas Casas Legislativas, sabe-se, porém, que uma moção de emenda rejeitada ou havida por prejudicada, não pode ter novamente sua matéria proposta na mesma sessão legislativa (art. 60 § 5º, CF/88).

Vale salientar que o Poder Constituinte Originário previu uma única Revisão (art. 3º, ADCT), que ocorreu, surpreendentemente, em seis parcelas (“Emendas Constitucionais de Revisão”, segundo a nomenclatura dada pelo Poder Constituído, de ns. 1 a 6), embora juristas de renome do talante de Paulo Bonavides²⁹ contra ela tenham se insurgido veementemente.

Ora, a ilustração bastante rápida, feita aqui, dos procedimentos adotados atualmente na França e no Brasil para a reforma constitucional leva à interrogação acerca de quem estaria na origem das alterações do texto fundamental. A questão é, pois, de saber onde normalmente se tem encontrado o seu elemento voluntarista.

1. A aparente substituição de vontades: da vontade popular à vontade do Poder Executivo.

No caso da França a situação é delicada, pois

pertence ao Presidente de República, mediante provocação do Primeiro-Ministro, o poder discricionário de submeter a reforma constitucional ao referendo ou convocar o Congresso, cf. art. 89 da Constituição de 1958.

Conforme já foi dito, os legitimados para propor a “lei constitucional” são: o Presidente de República, em acordo com o Primeiro-Ministro; e os parlamentares. Os dois passos seguintes são: a sua adoção, através da obtenção de um texto único após votação em cada uma das duas câmaras legislativas; a sua ratificação (e posterior promulgação), quer pela via referendária (obrigatória nos casos de iniciativa parlamentar), quer pela necessária consecução de um consenso parlamentar de 3/5 dos votos expressos do Congresso reunido.

Ora, em caso de iniciativa governamental³⁰, é do interesse do Presidente da República submeter sua própria proposição de lei constitucional seja crivo popular (referendo) seja ao crivo parlamentar (Congresso).

Entretanto, o Presidente da República Francês não é obrigado a submeter os projetos de lei constitucional adotados pelas casas legislativas ao referendo. Em outras palavras se, pela iniciativa parlamentar, um projeto for adotado pelo Senado e pela Assembléia Nacional, nada garante que o mesmo será submetido à opinião popular. Assim, não havendo a consulta referendária, a reforma fica impedida de ser realizada, mesmo que ela pareça corresponder aos anseios da comunidade, pelo simples fato de não ter feito todo o percurso constitucionalmente exigido.

Assim, o Presidente da República Francês tem o poder discricionário de dar continuidade ou não aos projetos de reforma constitucional de iniciativa parlamentar. Além disso, ele dispõe da livre escolha, nas suas próprias proposições de emenda constitucional, de convocar o Con-

gresso das Assembléias ou o referendo constituinte, fazendo com que a consulta popular tenha se tornado a exceção no sistema e a decisão congressual, a regra.

De fato, mesmo que o art. 89 da Constituição Francesa de 1958 preveja o que aparece ser um princípio de consulta popular referendária, ela se tornou exceção. Tanto é assim que apenas uma reforma constitucional adotada foi objeto de um referendo: a Lei (Emenda) Constitucional n. 2000-964, de 2 de outubro de 2000, sobre a duração do mandato presidencial.

Como se isso não bastasse, a recusa do Conselho Constitucional em deliberar sobre a conformidade das leis referendárias e das leis constitucionais com a Constituição³¹, deixaram uma margem de apreciação enorme ao Presidente da República, fazendo com que as emendas constitucionais disponham de uma verdadeira imunidade jurisdicional e estejam mais ligadas à vontade do Poder Executivo que à popular.

A vontade política tem, portanto, prevalecido, e tem sido suficiente a “inércia de um só, do Presidente da República, para que a totalidade da nação seja privada do direito de se pronunciar”.³²

Diante desta realidade, não é de se estranhar que todas as leis (emendas) constitucionais francesas promulgadas desde 1958 foram de origem Executiva (ou seja, de iniciativa do Presidente da República sob proposta do Primeiro-Ministro) e que apenas uma das reformas tenha sido objeto de consulta da vontade popular (acima referida).

Outra curiosidade do sistema constitucional francês merece destaque: uma das reformas constitucionais foi proposta, em 1962, sob o fundamento do artigo 11 da Constituição de 1958. Ora, até então, ninguém tinha pensado

ser possível adotar outro procedimento reformatório senão o do art. 89. Afinal, é neste artigo que estão previstas as condições para o exercício do Poder Constituinte Derivado!

Entretanto, o então Presidente Charles de Gaulle, no intuito de modificar o modo de eleição presidencial, implementou uma releitura do artigo 11, segundo o qual pode ser submetido a referendo “todo projeto de lei que trate acerca da organização dos poderes públicos”. Na realidade, se observarmos que as “leis constitucionais” portam, frequentemente, matéria da estrutura estatal, vê-se que os motivos para a adoção deste procedimento não característico da reforma constitucional foram mais políticos (para evitar a sua provável rejeição pelo Senado) que jurídicos. Ora, causa surpresa o fato de ser possível adotar um processo idêntico para edição de leis ordinárias e para a promulgação de leis constitucionais. Não teria deixado a Constituição, assim, de ser realmente rígida?

Aliás, se tivessem sido adotadas mais vezes “leis constitucionais” com base no artigo 11 da Constituição Francesa de 1958³³, o Parlamento deixaria de ter ingerência sobre a sua discussão e aprovação, pois as mesmas seriam promulgadas independentemente de sua manifestação. Além disso, além de não serem previstos limites circunstanciais e materiais expresso para este tipo de referendo, embora por uma questão de lógica, em se tratando de lei constitucional, aplicam-se-lhes os mesmos do artigo 89, a única obrigação expressa do Executivo seria a de submeter a proposição durante o período de sessões legislativas (a saber, entre o primeiro dia útil de outubro de um ano ao último dia útil do mês de junho do ano seguinte) e a única forma de oposição seria uma menção de censura (prevista no art. 49 da Constituição para fins de avaliação da responsabilidade do Governo³⁴).

O caso Brasileiro não revela tão claramente a substituição da “vontade constituinte”, pois não existe em nosso sistema constitucional a faculdade do Chefe do Poder Executivo em ratificar a reforma pela votação parlamentar ou pelo referendo (mesmo porque este somente pode ser convocado pelo Congresso Nacional, cf. art. 49, XV, CF/88). Na verdade, excepcionada a possibilidade do Presidente da República propor uma emenda constitucional (art. 60, II, CF/88), ele não tem qualquer outro papel explícito no restante do processo direcionado à sua aprovação (contrariamente ao que ocorre com as leis ordinárias, sobre as quais ele pode exercer seu poder de veto e deve promulgar, cf. art. 66, CF/88).

Mas o que se dizer de uma emenda constitucional que possibilitou a reeleição para Presidente da República (EC n. 16, de 04.06.1997), aprovada para vigor de imediato, durante o mandato do Sr. Fernando Henrique Cardoso, curiosamente reeleito?

Em princípio, poder-se-ia alegar que o fato de ter sido reeleito revela que a vontade popular estaria presente no momento da aprovação da emenda constitucional permissiva. Mas isso significaria inverter a lógica constitucional brasileira. Nunca houve antes no Brasil possibilidade de reeleição presidencial, mas talvez “este” tenha sido o único a despertar o desejo do povo de ver uma sucessão de mandatos cumpridos por um mesmo iluminado...

Por outro lado, o texto constitucional de 1988 não prevê a participação do povo de forma direta no processo reformatório: sua vontade somente intervém através de seus representantes.

Ora, o Poder Executivo, segundo Laboulaye³⁵, deve servir de garantia da ordem e da durabilidade das instituições. Legítimo ou não, ele deve não apenas buscar a

organização e a paz no presente mas, ainda, assegurar a segurança no futuro. Para isto, ele deve tentar manter as suas instituições relativamente estáveis.

Não se pretende dizer que deve o texto constitucional restar estagnado ou obsoleto, mas que um cuidado maior deve ser dado à vontade popular e uma atenção menor às vaidades. De fato, são as reivindicações do povo que devem importar e não os caprichos dos governantes.

Conclusão

A partir do que foi exposto, sobretudo baseados nos equívocos cometidos na França e no Brasil, apontados acima, algumas rápidas lições podem ser tiradas:

Não seria estranho identificar a necessidade de mudança constitucional à instabilidade institucional. Por esta razão, devem ser evitadas as reformas casuísticas. Somente nas situações de crise prolongada o recurso às emendas constitucionais deveria ser aplicado.

Salvo raras exceções, parece também claro que não se muda a sociedade por meio da legislação e sim, o contrário : é a necessidade da comunidade que deve determina a reivindicação de reforma dos seus textos. A vontade que deve prevalecer, portanto, para mudança do texto constitucional é a do povo e não a dos dirigentes do Estado.

Se, por um lado um número elevado de reformas realizadas parecem “desacralizar a Constituição”³⁶, não se imagina que uma geração possa impor suas próprias leis às gerações futuras, sem que estas possam contra elas se insurgir. Neste sentido, a modificação constitucional pode servir como fonte de contraposição a dispositivos obsoletos.

Não se pode admitir, no entanto, uma banalização

das reformas constitucionais como têm ocorrido no Brasil. Pode-se dizer que o seu número é excessivo, um verdadeiro absurdo. Afinal, se é preciso deixar que a Constituição respire os novos ares dos tempos modernos, também é necessário que ela não seja sufocada pelos gases nocivos liberados por emendas constitucionais causuísticas.

Aliás, o “prestígio e a supremacia”³⁷, a “lisibilidade e a coerência”³⁸ e uma certa dignidade do texto constitucional deveriam impedir desmandos de maior envergadura. E, como questiona François Luchaire: “Como crer no caráter sagrado de uma Constituição se nós a modificamos a cada 6 meses pedacinho por pedacinho?”³⁹

Estaria sendo a Constituição “reinventada”⁴⁰? De fato, se mudarmos frequentemente a Constituição, o que ocorre é uma mudança profunda do seu texto mesmo. O Estado do qual a Constituição deve constituir a base jurídica e o reflexo muda, sem mesmo se aperceber. Modificando-se profunda e radicalmente o texto constitucional, muda-se o Estado e vice-versa. Nestas condições, talvez seja o caso de o povo exercer, não pouco a pouco (através do poder reformador), mas na sua totalidade, seu poder constituinte (originário)...

Referências:

CARCASSONE, Guy. *La Constitution. Col. Points. Paris: Editions du Seuil, 2005.*

_____. *Surprises, surprise... Les révisions de la Constitution. Revue de droit public, Paris, n. spécial (5-6) « Les quarante ans de la Ve République », p. 1495-1513, 1998.*

DUBOIS, Jean-Pierre et alli. *L'état des droits de l'Homme en France. Paris: La Découverte, 2004..*

FOUQUET-ARMAND, Maud. Les Révisions de la Constitution de 1958 : de la Ve à la VIe République ? Revue de la recherche juridique et droit prospectif, Paris, n. 4, p. 1591-1622, 2001.

GUENAIRE, M. Le linceul de Bayeux. Le Monde, Paris, 31 de maio de 2000.

KARAGIANNIS, Syméon. Les révisions impossibles. L'obstacle temps et les Constitutions. Revue de droit public, Paris, n. 4, p. 1085-1125, 2002.

LABOULAYE, Edouard. Questions constitutionnelles. Paris: Charpentier et Cie, 1872.

LOUIS, Carole. « Modernisation » et caractère sacré de la Constitution. Civitas Europa, Nancy, n. 9, p. 167-191, septembre 2002.

LOUIS, Carole. « Modernisation » et caractère sacré de la Constitution. Civitas Europa, Nancy, n. 9, p. 167-191, septembre 2002.

LOUIS, Carole. « Modernisation » et caractère sacré de la Constitution. Civitas Europa, Nancy, n. 9, p. 167-191, septembre 2002.

LUCHAIRE, François. Le droit d'asile et la révision de la Constitution. Revue de droit public, Paris, n. 1, p. 26-38, 1994.

MAUS, Didier. Les grands textes de la pratique institutionnelle da la Ve République. Paris: La documentation française, 1995.

PACTET, Pierre. La désacralisation progressive de la Constitution de 1958. In : Mélanges Pierre Avril. Paris: Montchrestien, 2001.

REMOND, R. Quinquennat : une réforme en trompe-l'œil. Le Monde, Paris, 23 de setembro de 2000.

ROUSSEAU, Dominique. Droit constitutionnel et institutions politiques. La Ve République. Paris : Eyrolles, 1992.

ROUSSEAU, Dominique. La révision de la Constitution sous la Ve République. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/index.htm>.

SCHMITT, Carl. Théorie de la Constitution. Col. Léviathan. Paris: PUF, 1993.

Anexo I

Até 20.03.06, foram promulgadas as seguintes emendas à Constituição Federal de 1988:

EC n. 1, de 31.03.1992, dispondo sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores;

EC n. 2, de 25.08.1992, versando sobre o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT;

EC n. 3, de 17.03.1993, que tratou de temas diversos, tais como: aposentadoria de servidores públicos, criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e tributos;

EC n. 4, de 14.09.1993, que deu nova redação ao art. 16 (sobre a vigência da lei eleitoral);

EC n. 5, de 15.08.1995⁴¹, modificadora do § 2º do art. 25 (acerca da exploração dos serviços locais de gás canalizado pelos Estados);

EC n. 6, de 15.08.1995, que alterou o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 (e imprudentemente repetiu dispositivo impedindo a adoção de Medidas Provisórias para fins de regulamentação de dispositivo constitucional cujo texto tenha sido alterado após 1994 – art. 246 – que constou também na EC n. 7);

EC n. 7, de 15.08.1995, modificadora do art. 178 (acerca da ordenação do transporte aéreo) e impeditiva da adoção de Medidas Provisórias para fins de regulamentação de dispositivo constitucional cujo texto tenha sido alterado após 1994;

EC n. 8, de 15.08.1995, que alterou o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21;

EC n. 9, de 09.11.1995, que deu nova redação ao art. 177, alterando e inserindo parágrafos;

EC n. 10, de 04.03.1996, modificadora dos arts. 71 e 72 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994;

EC n. 11, de 30.04.1996, permitindo a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concedendo autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica;

EC n. 12, de 15.08.1996, outorgando competência à União, para instituir contri-buição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (a malfada CPMF);

EC n. 13, de 21.08.1996, que deu nova redação ao inciso II do art. 192;

EC n. 14, de 12.09.1996, modificadora dos arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e fornecedora de uma nova redação ao art. 60 do ADCT;

EC n. 15, de 12.09.1996⁴², que deu nova redação ao § 4º do art. 18;

EC n. 16, de 04.06.1997, que deu nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82, todos da Constituição Federal;

EC n. 17, de 22.11.1997, que alterou dispositivos dos arts. 71 e 72 do ADCT, introduzidos pela ECR n. 1, de 1994;

EC n. 18, de 05.02.1998, dispondo sobre o regime constitucional dos militares;

EC n. 19, de 04.06.1998, que modificou o regime dos servidores e agentes políticos, dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, controle de despesas e finanças públicas, bem como custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, tomando, ainda, outras providências;

EC n. 20, de 15.12.1998, modificadora do sistema de previdência social, estabelecendo normas de transição e outras providências;

EC n. 21, de 18.03.1999, que prorrogou, alterando a alíquota, a contribuição provi-sória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira, a que se refere o art. 74 do ADCT;

EC n. 22, de 18.03.1999, que acrescentou parágrafo único ao art. 98 e alterou as alíneas “i” do inciso I do art. 102, e “c” do inciso I do art. 105;

EC n. 23, de 02.09.1999, que alterou os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 (acerca da criação do Ministério da Defesa);

EC n. 24, de 09.12.1999, modificadora de dispositivos da Constituição Federal pertinentes à representação classista na Justiça do Trabalho;

EC n. 25, de 14.02.2000, que alterou o inciso VI do art. 29 e acrescentou o art. 29-A à Constituição Federal, que dispõem sobre limites de despesas com o Poder Legislativo Municipal;

EC n. 26, de 14.02.2000, que alterou a redação do art. 6º (incluindo a moradia no rol dos direitos sociais);

EC n. 27, de 21.03.2000, que acrescentou o art. 76 ao ADCT, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União;

EC n. 28, de 25.05.2000, que deu nova redação ao inciso XXIX do art. 7º (unificando a prescrição dos direitos trabalhistas de empregados urbanos e rurais) e revogou o art. 233;

EC n. 29, de 13.09.2000, que alterou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescentou artigo ao ADCT, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde;

EC n. 30, de 13.09.2000, que alterou a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no ADCT, referente ao pagamento de precatórios judiciais;

EC n. 31, de 14.12.2000, alterou o ADCT, introduzindo artigos que criaram o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza;

EC n. 32, de 11.09.2001, alterou vários dispositivos da Constituição Federal, os arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246, em matérias variadas, e tomou outras providências;

EC n. 33, de 11.12.2001, alterou os arts. 149, 155 e 177, tratando de impostos e das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico;

EC n. 34, de 13.12.2001, dando nova redação à alínea c do inciso XVI do art. 37;

EC n. 35, de 20.12.2001, deu nova redação ao art. 53, relativa à imunidade de Deputados e Senadores;

EC n. 36, de 28.05.2002, que deu nova redação ao art. 222, para permitir a parti-cipação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especificou;

EC n. 37, de 12.06.2002, que alterou os arts. 100 e 156 da Constituição Federal, que tratam dos precatórios e dos impostos municipais (in casu, a modificação incidiu sobre o ISS), respectivamente, e acrescentou os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao ADCT, dispondo de temas variados;

EC n. 38, de 12.06.2002, que acrescentou o art. 89 ao ADCT, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União.

EC n. 39, de 19.12.2002, que introduziu o art. 149-A (instituinto contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal);

EC n. 40, de 29.05.2003, que alterou o inciso V do art. 163 (relativamente ao fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; e o art. 192 da Constituição Federal, e o caput do art. 52 do ADCT;

EC n. 41, de 31.12.2003, que modificou os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da EC n. 20, de 15.12.1998, e dando outras providências;

EC n. 42, de 31.12.2003, alterou o Sistema Tributário Nacional e deu outras providências;

EC n. 43, de 15.04.2004, que alterou o art. 42 do

ADCT, prorrogando, por 10 (dez)anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total dos recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste;

EC n. 44, de 30.06.2004, que alterou o Sistema Tributário Nacional e deu outras providências;

EC n. 45, de 08.12.2004, que alterou os dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, acrescentou os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e estabeleceu outras providências;

EC n. 46, de 05.05.2005, modificadora do inciso IV do art. 20, para excluir dos bens da União, as ilhas oceânicas e as costeiras que contenham a sede de Municípios (exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II);

EC n. 47, de 05.07.2005, que alterou os arts. 37, 40, 195 e 201, dispondo sobre a previdência social, e dando outras providências;

EC n. 48, de 10.08.2005, que acrescentou o § 3º ao art. 215, instituindo o Plano Nacional de Cultura;

EC n. 49, de 08.02.2006, que excluiu do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais;

EC n. 50, de 14.02.2006, dispondo acerca das sessões parlamentares e da convocação extraordinária (cf. art. 57);

EC n. 51, de 14.02.2006, introduzindo disposições acerca dos agentes comunitários de saúde e dos

agentes de combate às endemias (§§ 4º, 5º e 6º do art. 198); e

EC n. 52, de 08.03.2006, alterando a disciplina das coligações eleitorais (art. 17, §1º), pondo fim às chamadas “verticalizações”⁴³, sem eliminar o caráter nacional dos partidos políticos.

Anexo II

A primeira “revisão” data de 01.03.1994 e estatuiu sobre o Fundo Social de Emergência para fins de saneamento da Fazenda Pública federal e estabilização econômica. As demais, todas datadas de 07.06.1994, versaram sobre os seguintes temas: comparecimento de “quaisquer titulares de órgãos subordinados à Presidência da República” para prestarem informações perante as casas legislativas e suas comissões (ECR n. 2); aquisição da nacionalidade brasileira (ECR n. 3); ampliação da matéria de lei complementar – destacando a preocupação com a moralidade e a probidade administrativa - acerca das candidaturas eleitorais (ECR n. 4); diminuição do mandato presidencial - de 5 para 4 anos (ECR n. 5); validade do pedido de renúncia do mandato parlamentar em razão do curso de um processo que vise à perda do referido mandato (ECR n. 6).

Anexo III

Desde a entrada em vigor da Constituição Francesa de 1958, foram promulgadas as seguintes emendas constitucionais - na França elas são chamadas de leis constitucionais-:

n. 60-525, de 4 de junho de 1960, relativa à

Comunidade Francesa (composta sobretudo dos territórios de Além-mar), e ao procedimento previsto no artigo 85 (os artigos 78 a 87 foram posteriormente e tardiamente revogados pela “lei constitucional” n. 95-880, de 4 de agosto de 1995);

n. 62-1292, de 6 de novembro de 1962, relativa à eleição do Presidente da República pelo sufrágio universal;

n. 63-1327, de 30 de dezembro de 1963, referente às datas da sessão parlamentar;

n. 74-904, de 29 outubro de 1974, ampliação do rol dos legitimados para impugnar a constitucionalidade, tendo sido incluídos: 60 deputados ou 60 senadores;

n. 76-527, de 18 junho de 1976, que tratou de matéria relativa à substituição do Presidente da República, incluindo dispositivo acerca de impedimento à candidatura eleitoral a este cargo;

n. 92-554, de 25 de junho de 1992, que permitiu a ratificação do Tratado de Maastricht, após a decisão do Conselho Constitucional de n. 92-308, de 9 de abril de 1992 (através de dispositivos versando sobre a União econômica e monetária, voto dos integrantes da Comunidade Européia nas eleições municipais, política comum de vistos), dentre outras disposições, tais como a referência expressa à língua francesa como a oficial, a concernente às leis orgânicas dos Territórios de Além-Mar (que integram a República Francesa) e a referente às resoluções parlamentares sobre os atos comunitários;

n. 93-952, de 27 de julho de 1993, que dispôs acerca da responsabilidade penal dos Ministros, do recrutamento dos membros do Conselho Superior da Magistratura e criou a Corte de Justiça da República;

n. 93-1256, de 25 de novembro de 1993, tratando acerca do Direito de Asilo (diante das restrições reveladas pelo Conselho Constitucional através da Decisão n. 91-294, de 25 de julho de 1991, referente à aprovação da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen de 14 de junho de 1985, relativo à supressão gradual dos controles das fronteiras comuns;

n. 95-880, de 4 de agosto de 1995, referente à sessão parlamentar única (do primeiro dia útil de outubro ao último dia útil do mês de junho), à reorganização das “imunidades” parlamentares, e à ampliação das possibilidades de recurso ao referendo, tendo também suprimido os artigos referentes à Comunidade Francesa e algumas disposições transitórias;

n. 96-138, de 22 de fevereiro de 1996, que dispôs acerca das leis de financiamento da Segurança Social;

n. 98-610, de 20 de julho de 1998, tratando acerca da Nova Caledônia;

n. 99-49, de 25 de janeiro de 1999, inseriu dispositivos permitindo a ratificação do Tratado de Amsterdam (diante das restrições reveladas pelo Conselho Constitucional através da Decisão 97-394 DC, de 31 de dezembro de 1997);

n. 99-568, de 8 de julho de 1999, dispôs sobre o reconhecimento francês da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (em decorrência da decisão do Conselho Constitucional de n. 98-408 DC, de 22 de janeiro de 1999);

n. 99-569, de 8 de julho de 1999, que buscou promover a igualdade entre homens e mulheres, determinando, para isso, a elaboração de uma lei que favoreça o igual acesso aos mandatos eleitorais e funções eletivas (cf. art. 3º);

n. 2000-964, de 2 de outubro de 2000, que modificou a duração do mandato presidencial (reduzindo-o de 7 para 5 anos). Única reforma ratificada por referendo realizado em 24.09.2000) e não por votação do Congresso;

n. 2003-267, de 25 de março de 2003, acerca das decisões européias;

n. 2003-276, de 28 de março de 2003, que dispôs acerca da organização descentralizada da República (o objetivo de descentralização buscado em benefício das coletividades territoriais);

n. 2005-204, de 1º de março de 2005, que promoveu certas adaptações do texto francês ao Tratado estabelecendo uma Constituição para a Europa (sob influência da Decisão Constitucional n. 505, de 19 de novembro de 2004, do Conselho Constitucional), possibilitando a sua ratificação; e n. 2005-205, de 1º de março de 2005, que integrou ao texto constitucional a Carta do Meio-ambiente.

Anexo IV

Décision n. 2003-469 DC du 26 mars 2003

Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 19 mars 2003 de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, approuvée par le Parlement réuni en Congrès le 17 mars 2003, par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Bernard ANGELS, Bertrand AUBAN, Jean-Pierre BEL, Jacques BELLANGER, Mme Maryse BERGÉ-LAVIGNE, M. Jean BESSON, Mme Marie-Christine BLANDIN, M. Didier BOULAUD, Mmes Yolande BOYER, Claire-Lise CAMPION, M. Bernard CAZEAU, Mme Monique CERISIER-

ben GUIGA, MM. Gilbert CHABROUX, Michel CHARASSE, Raymond COURRIÈRE, Roland COURTEAU, Marcel DEBARGE, Jean-Pierre DEMERLIAT, Claude DOMEIZEL, Michel DREYFUS-SCHMIDT, Mme Josette DURRIEU, MM. Claude ESTIER, Jean-Claude FRÉCON, Bernard FRIMAT, Charles GAUTIER, Jean-Pierre GODEFROY, Jean-Noël GUÉRINI, Claude HAUT, Mme Odette HERVIAUX, MM. André LABARRÈRE, Serge LAGAUCHE, Louis LE PENSEC, André LEJEUNE, Jacques MAHÉAS, Jean-Yves MANO, François MARC, Marc MASSION, Gérard MIQUEL, Jean-Marc PASTOR, Daniel PERCHERON, Jean-Claude PEYRONNET, Jean-François PICHERAL, Bernard PIRAS, Jean-Pierre PLANCADE, Mmes Danièle POURTAUD, Gisèle PRINTZ, MM. Daniel RAOUL, Paul RAOULT, Daniel REINER, Roger RINCHET, Gérard ROUJAS, Claude SAUNIER, Michel SERGENT, Jean-Pierre SUEUR, Michel TESTON, Jean-Marc TODESCHINI, Pierre-Yvon TRÉMEL, André VANTOMME, Marcel VIDAL et Henri WEBER, sénateurs ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution, notamment ses articles 61 et 89 ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 24 mars 2003 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne

saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes ;

2. Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ;

3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer sur la demande susvisée, par laquelle les sénateurs requérants lui défèrent, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, la révision de la Constitution relative à l'organisation décentralisée de la République approuvée par le Congrès le 17 mars 2003,

D É C I D E :

Article premier.- Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 26 mars 2003, où siégeaient : MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL.

Referências bibliográficas, não-exaustivas, diretamente relacionadas a esta decisão:

CAMBY, Jean-Pierre. *Supra-constitutionnalité: la fin d'un mythe*. Revue du droit public, Paris, n. 3, p. 671-688, 2003.

CANEDO, Marguerite. *L'histoire d'une double occasion manquée*. Revue du droit public, Paris, n. 3, p. 767-792, 2003.

CHAGNOLLAUD, Dominique. *Sherlock Holmes à la poursuite du pouvoir constituant (Premier épisode) (après la décision n. 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003)*. Les petites affiches, Paris, n. 209, p. 4-6, 20 de outubro de 2003.

_____. *Sherlock... (Deuxième épisode)*. Les petites affiches, Paris, n. 210, p. 4-6, 21 de outubro de 2003.

_____. *Sherlock... (troisième épisode)*. Les petites affiches, Paris, n. 211, p. 4-6, 22 de outubro de 2003.

_____. *Sherlock... (quatrième épisode)*. Les petites affiches, Paris, n. 212, p. 5-10, 23 de outubro de 2003.

CHALTIEL, Florence. *La souveraineté du pouvoir constituant dérivé: développements récents (à propos de la décision n. 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003)*. Les petites affiches, n. 123, p. 7-9, 20 juin 2003.

DOLLAT, Patrick. *Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française: de l'État unitaire à l'État uni*. Revue française de droit administratif, Paris, n. 4, p. 670-677, 2003.

FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe. *Chronique*. Dalloz, Paris, n. 18, p. 1269-1270, 2004.

_____. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, n. 54, p. 374-383, 2003.

FAVOREU, Louis. *L'injusticiabilité des lois constitutionnelles*. Revue française de droit administratif, Paris, n. 4, p. 792-795, 2003.

GESLOT, Christophe. La loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel. Revue du droit public, Paris, n. 3, p. 793-807, 2003.

GOHIN, Olivier. La réforme constitutionnelle de la décentralisation: épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003. Les petites affiches, Paris, n. 113, p. 7-11, 6 juin 2003.

JAN, Pascal. L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle. Les petites affiches, Paris, n. 218, p. 4-11, 31 de outubro de 2003.

MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, Dominique. Le pouvoir constituant dérivé reste souverain. Revue du droit public, Paris, n. 3, p. 725-739, 2003.

MEINDL, Thomas. Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent. Revue du droit public, n. 3, p. 741-765, 2003.

MOLFESSIS, Nicolas et LIBCHABER, Rémy. Le contrôle d'une éventuelle hiérarchie des normes. Revue trimestrielle de droit civil, n. 3, p. 563-566, 2003.

MOUTOUH, Hugues. Décision prévisible. Actualité juridique droit administratif, Paris, n. 15, p. 753-757, 2003.

MOUTOUH, Hugues. Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles: suite et fin. Actualité juridique droit administratif, Paris, n. 17, p. 1099-1101, 2003.

NEFRAMI, Eleftheria. Quelques réflexions sur les limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle en France. Revue belge de droit constitutionnel, Bruxelles, n. 3, p. 349-366, 2003.

RABAULT, Hugues. La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle. Les

petites affiches, *Paris*, n. 173, p. 3-9, 30 de agosto 2004.

ROBERT, Jacques. *La forme républicaine du Gouvernement*. *Revue du droit public*, *Paris*, n. 2, p. 359-366, 2003.

SCHOETTL, Jean-Éric. *Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?* Les petites affiches, *Paris*, n. 70, p. 17-22, 8 de abril de 2003.

VERPEAUX, Michel. *A propos de la décision n. 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003*. Les petites affiches, *Paris*, n. 188, p. 7-9, 19 septembre 2003.

ZARKA, Jean-Claude. *Le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle*. *Semaine juridique (J.C.P.)*, *Paris*, n. 17, p. 732-733, 2003.

ZIMMER, Willy. *Commentaire de jurisprudence*. *Revue française de droit constitutionnel*, *Paris*, n. 54, p. 383-389, 2003.

Notas:

¹ « Si nous voulons que tout continue, il faut que tout change ». Cf. DUBOIS, Jean-Pierre et alli. *L'état des droits de l'Homme en France*. Paris: La Découverte, 2004, p. 13.

² Segundo a expressão de LABOULAYE, Edouard. *Questions constitutionnelles*. Paris: Charpentier et Cie, 1872, p. 123.

³ KARAGIANNIS, Syméon. Les révisions impossibles. L'obstacle temps et les Constitutions. *Revue de droit public*, *Paris*, n. 4, p. 1085-1125, 2002, p. 1086.

⁴ O que não é exatamente o caso da Inglaterra.

⁵ Adotamos aqui a classificação doutrinária nacional segundo a qual a Constituição pode “sofrer” dois tipos de reforma: as emendas constitucionais, promulgadas segundo o processo previsto no artigo 60 da CF/88, e revisão, prevista no artigo 3º do Ato das disposições constitucionais transitórias.

⁶ Vide Anexo I.

⁷ Vide Anexo II.

⁸ Vide Anexo III.

⁹ Recomenda-se ao leitor que se interesse sobre o sistema constitucional francês atual, a leitura no site do Conselho Constitucional, das vinte questões sobre a Constituição (“La Constitution en 20 questions”), disponíveis em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/index.htm>. Em relação ao tema ora proposto sugere-se, sobretudo, a leitura da questão respondida por Dominique Rousseau (“La révision de la Constitution sous la Ve République”).

¹⁰ A respectiva Assembléia Nacional Constituinte tendo sido instaurada pela lei constitucional de 3 de junho de 1958.

¹¹ Vide Anexo III.

¹² No segundo ciclo da história constitucional francesa, que vai de 1848 a 1958, cada Constituição representa uma nova República: a 1ª, em 1848; a 2ª, em 1852; a 3ª, em 1870; a 4ª, em 1946; e, finalmente, a 5ª República, instituída pela Constituição de 1958.

¹³ Referente à escolha popular quanto à subsistência ou modificação da forma e do sistema de governo (ora sendo preservados a República e o Presidencialismo, ora sendo instaurados o Parlamentarismo e a Monarquia Constitucional, respectivamente).

¹⁴ Contribuiu, obviamente, para a instabilidade jurídica estabelecida pelo abuso de (re)edições de Medidas Provisórias pelo Presidente da República a inércia do Supremo Tribunal Federal em controlar os critérios de relevância e urgência exigidos expressamente pelo texto constitucional de 1988, desde a sua redação original (art. 62), por considerá-los de natureza discricionária e política (cf., por exemplo: ADI 525/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgada em: 12/06/1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 02/04/2004, p. 8; e ADI 162/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Julgada em: 14/12/1989. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 19/09/1997, p. 45525.)

¹⁵ SCHMITT, Carl. *Théorie de la Constitution*. Col. Léviathan. Paris: PUF, 1993, p. 154.

¹⁶ CARCASSONE, Guy. Surprises, surprise... Les révisions de la Constitution. *Revue de droit public*, Paris, n. spécial (5-6) « Les quarante ans de la Ve République », p. 1495-1513, 1998.

¹⁷ Antes desta emenda de 1962, o Presidente da República era eleito por um colégio eleitoral.

¹⁸ Cf. o discurso de M. Debré, pronunciado no dia 27.05.58 perante do Conselho de Estado, cujo texto referente ao regime presidencial se encontra também publicado em: MAUS, Didier. *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la Ve République*. Paris: La documentation française, 1995, p. 2.

¹⁹ LOUIS, Carole. « Modernisation » et caractère sacré de la Constitution. *Civitas Europa*, Nancy, n. 9, p. 167-191, septembre 2002, p. 169.

²⁰ Cf., p. ex., GUENAIRE, M. Le linçol de Bayeux. *Le Monde*, Paris, 31 de maio de 2000 ; REMOND, R. Quinquennat : une réforme en trompe-l'œil. *Le Monde*, Paris, 23 de setembro de 2000.

²¹ Com efeito, nos decurso dos 15 anos entre 1959 e 1974, nove leis apenas foram submetidas ao Conselho Constitucional. Entretanto, entre 1975 e 2005, mais de 500 textos legislativos foram submetidos ao controle de constitucionalidade, principalmente em virtude das *saisines* parlamentares.

²² FOUQUET-ARMAND, Maud. Les Révisions de la Constitution de 1958 : de la Ve à la VIe République ? *Revue de la recherche juridique et droit prospectif*, Paris, n. 4, p. 1591-1622, 2001, p. 1592.

²³ A expressão foi tomada de empréstimo de LOUIS, *op. cit.*, p. 172. Cf., ainda, p. ex. no mesmo sentido: FOUQUET-ARMAND, *op. cit.*

²⁴ Classifica-se aqui estas emendas como realmente modificadoras pois não foram alterados apenas os limites de idade para aposentadoria, mas também a fórmula de cálculo dos proventos, a quebra do regime público único de cobertura previdenciária, pois passaram a coabitar com os planos de previdência complementar, etc.

²⁵ Diferentemente do que ocorre no processo legislativo ordinário, onde o Primeiro Ministro pode: 1. em caso de persistente desacordo entre as câmaras diferentes, convocar a reunião da Comissão Mista Paritária (composta de deputados e senadores) a fim de chegar a um consenso sobre um texto comum; 2. persistindo o dissídio, requerer que a Assembléia Nacional dê a última palavra, em caráter definitivo, acerca do projeto ou proposição discutidos (desde que não se trate de lei orgânica relativa ao Senado), exigida a maioria absoluta se se tratar de lei orgânica. cf. Arts. 45 e 46 da Constituição Francesa de 1958.

²⁶ Segundo precisa Dominique Rousseau no artigo acima citado (cf. nota 9) este dispositivo atendia aos anseios do General de Gaulle, que temia que pelas emendas constitucionais, o parlamento pudesse, por iniciativa própria e incontrolável, destruir a Constituição de 1958.

²⁷ Cf. “Art. 16. Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade do seu território ou a execução os seus compromissos internacionais são ameaçadas de maneira grave e imediata e que o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas por estas circunstâncias, após consulta oficial ao Primeiro Ministro, aos Presidentes das assembleias e ao Conselho Constitucional.

Ele informa a Nação através de uma mensagem.

Estas medidas devem ser inspiradas pela vontade de assegurar aos poderes públicos constitucionais, no menor prazo, os meios para realizar a sua missão. O Conselho Constitucional é consultado sobre estas medidas.

O Parlamento reúne-se regularmente.

A Assembléia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais.

²⁸ Cf. Nesse sentido GENEVOIS, Bruno. Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant. *Revue française du droit administratif*, Paris, n. 5, p. 929-937, setembro-outubro 1998. Disponível também em : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/revision.htm>. Acesso em 18.02.2005.

²⁹ “Portanto, do ponto de vista jurídico, afigura-se-nos - e temos inumeráveis vezes reiterado esse entendimento – só poderia haver revisão constitucional, veículo da possível reforma estatuída no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se a resposta plebiscitária for favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo. [...] A revisão é, de

consequente, figura transitória. Em rigor, não poderia sequer ser utilizada – deixando imediatamente de existir – pois o povo disse não à monarquia e aos parlamentarismo.” BONAVIDES, *op. cit.*, p. 186.

³⁰ No Brasil, o uso da palavra governo revela algo um pouco diferente do visto na França. Neste país, chama-se Governo o corpo de Ministros chefiados pelo Primeiro Ministro, o Presidente da República e o Primeiro Ministro exercendo conjuntamente o Poder Executivo, com atribuições constitucionais distintas (cf. p. ex. arts. 5 a 19 e 20 a 23). De forma corriqueira, no solo brasileiro, chamamos de governo o Poder Executivo como um todo, identificando-o como o responsável pela gestão do Estado.

³¹ Nos termos da decisão n. 2003-469 DC, de 26 de março de 2003, sobre a Reforma constitucional relativa à organização descentralizada da República. Como se trata de uma decisão bastante curta e para dar ao leitor uma idéia da estrutura das decisões do Conselho Constitucional, a colocamos como anexo IV deste artigo, na sua língua original. Foi conveniente, ainda, principalmente para destacar a importância da referida decisão no sistema francês, citar alguns dos artigos a ela relacionados.

³² CARCASSONE, Guy. *La Constitution*. Col. Points. Paris: Editions du Seuil, 2005, p. 352.

³³ Outra tentativa foi feita em 1969, mas sem sucesso, ante à resposta popular negativa à consultação.

³⁴ Tal moção pode ser proposta por um mínimo de 1/10 dos membros da Assembléia Nacional e somente será aceita pelo voto da maioria dos Deputados. Uma vez aceita, ela acarreta a demissão do Governo, formalizada pelo Primeiro Ministro (cf. art. 50 da Constituição Francesa de 1958).

³⁵ LABOULAYE, *op. cit.*, p. 125.

³⁶ LOUIS, Carole. « Modernisation » et caractère sacré de la Constitution. *Civitas Europa*, Nancy, n. 9, p. 167-191, septembre 2002, p. 167.

³⁷ PACTET, Pierre. La désacralisation progressive de la Constitution de 1958. In : *Mélanges Pierre Avril*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 389.

³⁸ LOUIS, Carole. « Modernisation » et caractère sacré de la Constitution. *Civitas Europa*, Nancy, n. 9, p. 167-191, septembre 2002, p. 166.

³⁹ “Comment croire au caractère sacré d’une Constitution si on la modifie tous les six mois petit bout par petit bout?” LUCHAIRE, François. Le droit d’asile et

la révision de la Constitution. *Revue de droit public*, Paris, n. 1, p. 26-38, 1994.

⁴⁰ ROUSSEAU, Dominique. *Droit constitutionnel et institutions politiques. La Ve République*. Paris : Eyrolles, 1992, p. 33.

⁴¹ Observe-se que nada menos que 4 emendas constitucionais foram promulgadas nesta mesma data : as de n. 5 a 8!

⁴² Só neste ano, 1996, foram promulgadas 6 emendas constitucionais.

⁴³ Proibição dos partidos políticos que tenham apresentado candidatos à Presidência da República, isoladamente ou em aliança, de formar coligações, para as eleições de governador de Estado ou do Distrito Federal, de senador, de deputado federal, estadual ou distrital, com outro partido que tenha igualmente lançado candidatura presidencial.

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

GISLENE FROTA LIMA

Advogada
Analista Previdenciária

Sumário: 1. Intróito. 2. A Coisa Julgada: Conceito e Fundamento. 3. Da necessidade de se relativizar a coisa julgada material. 4. A Coisa Julgada Inconstitucional. 4.1 Os instrumentos processuais de controle propostos. 4.2 Diferença entre Relativização da coisa julgada e Coisa julgada inconstitucional. 5. Do Parágrafo Único do art. 741 do Código de Processo Civil. 5.1 O motivo da MP n.º 2.180-35. 5.2 A MP n.º 2.180-35 e a ADIn n.º 2.418-3. 5.3 Exegese do parágrafo único do art. 741 do CPC. 5.4 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada: “ex tunc” ou “ex nunc”? 5.5 Da impropriedade da inserção deste dispositivo na matéria que trata dos embargos à execução. 6. Da necessidade de se conferir um novo tratamento à ação rescisória. 7. Considerações Finais. 8. Bibliografia Consultada

Resumo: Cresce o entendimento de que uma decisão judicial transitada em julgado pode ser revista mesmo quando decorrido o prazo da ação rescisória, o que é possível, por exemplo, quando a sentença e/ou acórdão estejam contaminados pelo vício da inconstitucionalidade. Vários são os instrumentos propostos objetivando o

¹ Monografia elaborada em 07/2004 para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, sob a orientação do Prof. Emilio de Medeiros Viana.

afastamento da coisa soberanamente julgada. E muitos são os inconvenientes que exsurgem deste uso indiscriminado de meios.

1. Intróito:

A coisa julgada é um instituto jurídico antiqüíssimo, mas que reluta em não deixar quieto o estudioso do Direito. Muito já se escreveu acerca do mesmo e, certamente, muito ainda há por se escrever. Seu fascínio advém da sua complexidade; e sua importância, da particularidade de consolidar a tutela jurisdicional ofertada, constituindo, assim, o momento mais esperado pelos litigantes.

Além da reformulação por que passou, nas últimas décadas, para se adaptar às demandas coletivas, o que se fez sentir notadamente nos seus limites subjetivos e objetivos, a coisa julgada volta a chamar a atenção da comunidade jurídica, nacional e internacional. Coloca-se hoje na berlinda a sua intangibilidade, ostentada como absoluta ao longo da história.

A existência de sentenças e/ou acórdãos inconstitucionais ou teratológicos levou doutrinadores de renome como, por exemplo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JOSÉ AUGUSTO DELGADO, a pugnam pela possibilidade de revê-los mesmo quando escoado o prazo bienal da ação rescisória.

A coisa julgada inconstitucional, uma das excepcionais hipóteses em que a coisa julgada merece ser relativizada, já não é uma mera elucubração doutrinária. O Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis Trabalhistas acolheram esta teoria, respectivamente, em seus arts. 741, parágrafo único, e 884, § 5º, através de uma

Medida Provisória (n.º 2.180-35) que se tornou permanente graças ao art. 2º da Emenda Constitucional n.º 32/2001.

Trata-se agora de uma questão de direito positivo, merecendo, assim, um obrigatório e criterioso estudo por parte dos operadores do Direito. Acrescente-se que a Medida Provisória aludida foi objeto de guerreamento por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil através da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 2.418-3, proposta em 22.02.2001, a respeito da qual não há ainda nenhum pronunciamento meritório do Colendo Supremo Tribunal Federal!

No presente trabalho analisaremos, pois, ainda que perfunctoriamente, dentre outras coisas, a teoria da coisa julgada inconstitucional, o seu acolhimento pelo Código de Processo Civil, os meios processuais propostos para se obter a revisão da decisão com trânsito em julgado que infrinja o texto constitucional e a necessidade de se conferir um novo disciplinamento à ação rescisória.

2. A Coisa Julgada: Conceito e Fundamento:

Coisa julgada é a imutabilidade da decisão judicial (sentença e/ou acórdão) que põe termo a um processo, tenha este apreciado ou não o mérito da causa, o que ocorre após o exaurimento das vias recursais, o simples escoamento do prazo para guerreamento da decisão (conformismo do sucumbente) ou, ainda, com a mera publicação da decisão, nos casos de instância única.

O instituto pode ser analisado sob o ângulo formal e o material. Fala-se em coisa julgada formal quando a decisão não comporta mais discussão no âmbito do mesmo processo. É, pois, um fenômeno intra-processual, não projetando efeitos na vida das pessoas (exceto no que concerne ao ônus sucumbencial) por não ter apreciado o mérito da lide, o que possibilita, em regra, a propositura de

uma nova ação em que as partes, a causa de pedir e o pedido são os mesmos (art. 268 do CPC). Mas caso a decisão tenha declarado os direitos e obrigações das partes, atingindo assim o fim colimado por estas quando resolverem levar à cognição do órgão julgador as suas pretensões resistidas, então temos a coisa julgada material, a qual impede que a causa volte a ser apreciada no mesmo e em outro processo, não podendo o que ficou decidido ser alterado por ninguém, nem mesmo pelo juiz ou pelo legislador, salvo os casos que possibilitam o uso da ação rescisória. E a coisa julgada material tem como pressuposto lógico a coisa julgada formal.

Para o presente estudo, interessa-nos sobremaneira a coisa julgada material. O Código Buzaid, em seu art. 467, assim a conceitua: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” Tal conceituação deve ser complementada pelo disposto no art. 468: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” O termo sentença deve ser aqui entendido em seu sentido lato, abrangendo também o acórdão.

A coisa julgada material não é efeito da sentença e nem se confunde com a sua eficácia. Esta é a aptidão que um ato jurídico tem para produzir seus efeitos. A sentença pode ser eficaz (execução provisória da sentença) e não ter se tornado imutável, daí a necessidade de o intérprete entender a coisa julgada não como uma condição de eficácia da sentença (interpretação literal), e sim como um reforço à sua eficácia, já que torna imutáveis a sentença (como ato processual) e os seus efeitos.

Assim, consubstanciada a coisa julgada material, é defeso às partes a renovação da demanda, devendo o juiz extinguir o processo sem apreciação do mérito (art. 267,

V, do CPC). Elas podem, todavia, obter o desfazimento do julgado através da ação rescisória, a ser proposta no prazo decadencial de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que se deseja rescindir, mas apenas nas hipóteses taxativamente previstas no art. 485 do CPC. Transcorrido este prazo, tem-se o que se chama de *coisa soberanamente julgada*.

O instituto em comento passou por muitas transformações ao longo da história e várias foram as teorias formuladas com o escopo de lhe oferecer um fundamento jurídico. O Prof. Moacyr Amaral dos Santos¹, como demonstrativo, elenca as seguintes: a) teoria da presunção da verdade (Ulpiano, Pothier e outros); b) teoria da ficção da verdade ou da verdade artificial (Savigny); c) teoria da força legal, substancial, da sentença (Pagenstecher); d) teoria da eficácia da declaração (Hellwig, Binder, Stein e outros); e) teoria da extinção da obrigação jurisdicional (Ugo Rocco) f) teoria da vontade do Estado (Chiovenda e doutrinadores alemães); g) teoria de Carnelutti e h) teoria de Liebman.

Em função de algumas destas teorias é que, por exemplo, imperava no direito medieval a máxima: “a coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro”, mais conhecida em sua forma simplificada: “a coisa julgada faz do branco, preto, e do quadrado, redondo.” A sentença era tida como verdade. Chegou-se também a conceber a sentença como algo imune à injustiça: se o sucumbente não recorria, era porque ele mesmo reconhecia a justiça da decisão; e se todos os recursos eram utilizados, então a justiça era mesmo a que tinha sido consignada na sentença. Estas idéias, todavia, encontram-se ultrapassadas.

Conquanto existam muitas controvérsias entre os juristas no que se refere ao fundamento jurídico da coisa

julgada, entendemos que a teoria que parece mais consentânea com a nossa época é a do italiano Enrico Tulio Liebman, segundo a qual a coisa julgada não é um dos efeitos da sentença, e sim uma qualidade especial a reforçar a sua eficácia (através da imutabilidade da sentença, como ato processual, e de seus efeitos), e sua autoridade decorre do fato de provir do Estado, cujos atos gozam da presunção de legalidade. E esta foi a teoria esposada pelo nosso Código de Processo Civil, conforme vimos antes.

A coisa julgada é própria da função jurisdicional; é o que lhe diferencia das funções legislativa e administrativa. Com a adoção da teoria da separação dos poderes, as constituições atribuíram ao Poder Judiciário a função precípua de julgar os litígios, aplicando o direito objetivo ao caso concreto de forma definitiva e coercitiva. Apenas, pois, os atos judiciais gozam dos atributos da definitividade e da coercitividade. As leis, ainda que promulgadas para vigorarem por prazo indeterminado, podem ser revogadas a qualquer momento. O mesmo ocorre, em regra, com os atos administrativos, os quais ainda podem ser anulados *ex officio* (Súmulas n.º 346 e 473 do STF); daí a impropriedade da expressão *coisa julgada administrativa* (pelo menos nos ordenamentos em que inexistente o Contencioso Administrativo).

A coisa julgada também possui um fundamento de natureza política, a respeito do qual não há discrepância doutrinária, não faltando quem asseverasse que “a coisa julgada é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática.”² Tal fundamento foi descrito com maestria pelo Prof. Moacyr Amaral Santos, na seguinte passagem:

“A verdadeira finalidade do processo, como instrumento

destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão. A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornou imutável.”³

Jorge Lafayette chega a relatar que “a existência de uma ordem jurídica em que seja desconhecida a coisa julgada é perfeitamente possível, como, aliás, acontecia no antigo direito norueguês (apud Couture), não obstante constitua um dos fundamentos básicos e fundamentais, no direito processual contemporâneo”⁴, por ser a segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.

Portanto, a coisa julgada material visa impedir que os litígios se eternizem, o que seria nefasto não só às partes, mas à toda a sociedade, e ainda colocaria em xeque a própria autoridade (poder) do órgão julgador.

3. Da necessidade de se relativizar a coisa julgada material:

Seja qual for o fundamento utilizado ao longo dos tempos para justificar a sua existência e necessidade, o certo é que a coisa julgada material sempre foi vista como algo

absoluto, intocável, um verdadeiro dogma.

Esta intangibilidade começou a ser questionada quando eméritos juristas (aqui incluídos os que integram o Judiciário na realização de seu mister) se depararam com casos absurdos, teratológicos, protegidos pelo manto da coisa soberanamente julgada.

Dentre os casos que tiveram o condão de provocar a necessidade de se reestudar a coisa julgada, importa elencarmos os seguintes:

- Decisão judicial transitada em julgado, prolatada quando inexistia o exame de DNA ou quando o seu uso ainda era bastante restrito, que tenha declarado ou negado a paternidade de alguém e, posteriormente, descobre-se, com a realização do exame, que no primeiro caso a paternidade inexistia e no segundo, ela existia. Estas pessoas deveriam permanecer ligadas por um vínculo artificial em nome da segurança jurídica?

Em maio de 1998, instado a se manifestar, o Superior Tribunal de Justiça verberou:

“Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada.

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos

feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.

2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

3. Recurso Especial conhecido e provido. Por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento.”⁵

Em junho de 2001, o Superior Tribunal de Justiça já havia temperado seu posicionamento, consoante o aresto a seguir ementado:

“Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação

anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido.

(...)

III. A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua modificação se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem que estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'.

IV. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.¹⁶

E a jurisprudência dominante é no sentido de ser possível a revisão do julgado em casos deste jaez. Existe, inclusive, um Projeto de Lei (n.º 116/2001) no Senado Federal que visa alterar a Lei n.º 8.560/92 que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. A mudança consiste em afastar a

incidência da coisa julgada material sobre as sentenças e/ou acórdãos prolatados sem a realização do exame de DNA.

O valor que hoje se atribui à paternidade biológica explica esta tendência. É o que se depreende do seguinte excerto tirado da justificativa do Projeto aludido:

“A sociedade deste novo século não aceita mais a dúvida sobre a paternidade, que, no século passado, por ser motivo de vergonha, alcançava na jurisprudência sua principal proteção. Primeiro, foi proibido questionar e, depois, foi proibido rever os julgados sobre a paternidade, sempre baseados em frágil prova testemunhal.

ATUALMENTE, TODA AQUELA FILOSOFIA ESTÁ SUPERADA PELA ENTIDADE FAMILIAR, INSTITUTO RECONHECIDO NA CONSTITUIÇÃO E EM LEIS QUE A PROTEGEM (LEIS N.ºS 8.971, DE 1994, E 9.278, DE 1996). INVESTIGANTES E INVESTIGADOS, HOJE, INOBSANTE O ESTADO CIVIL, QUEREM CONHECER SEUS VERDADEIROS VÍNCULOS PARENTAIS E, POR ISSO, JÁ NÃO FAZ SENTIDO MANTER A FILIAÇÃO COMO COISA JULGADA OU PROIBIR A REVISÃO DE SUA PROVA.”⁷⁷

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo, vencida em ação de desapropriação indireta, celebrou acordo com os vencedores; após o pagamento de algumas parcelas, descobriu-se que o terreno sempre pertenceu ao Estado. *Quid iuris?* O Superior Tribunal de Justiça entendeu possível a propositura de uma ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito, quando do julgamento

do REsp n.º 240.712/SP. Em sua razão de decidir, o Ministro Rel. José Delgado consignou:

“Não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroze ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco, e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.”⁸

O Estado do Ceará vem enfrentando uma séria questão fundiária. Trata-se de uma área de preservação permanente destinada à construção do Parque do Cocó. O Estado não efetivou as desapropriações. Os supostos proprietários moveram, então, várias ações de desapropriação indireta, algumas já com o trânsito em julgado. O Judiciário, pressionado por fortes interesses econômicos, vem condenando o Estado a pagar indenizações milionárias.⁹ Indaga-se: a coisa julgada deve permanecer incólume mesmo ante esta flagrante violação ao art. 5º, XXIV (justa indenização), da CF/88? O malferimento ocorre porque este dispositivo é bifronte, ou seja, visa impedir que o Estado pague uma indenização a quem do valor real do imóvel, bem como que o mesmo seja obrigado a pagar além do valor

devido. Esta última proibição decorre da indisponibilidade do patrimônio público contida no princípio da moralidade administrativa.

Decisão fulcrada em lei que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, em sede de controle concentrado, supervenientemente ao seu trânsito em julgado. O prazo de 02 anos (ação rescisória) tem o condão de sanar o vício da inconstitucionalidade?

Ação civil pública julgada improcedente por entender que o resíduo emitido por fábrica é inócuo ao meio ambiente (vejam que não se trata de improcedência por falta de provas, hipótese em que, nas ações coletivas, não se forma a coisa julgada). Empós o trânsito em julgado e vencida a oportunidade da rescisória, descobre-se que as perícias foram fraudulentas; ou, então, a ciência mais tarde demonstra a toxicidade do resíduo. A fábrica tem o direito de permanecer poluindo o meio ambiente? (este exemplo foi apenas cogitado por Hugo Nigro Mazzilli)¹⁰. Utilizando-se a mesma linha de raciocínio, pode-se também invocar o caso dos alimentos transgênicos.

Do conflito travado entre a segurança jurídica e outros valores albergados pelo nosso ordenamento jurídico (podendo estes serem representados pelo valor justiça), chega-se facilmente à ilação de que aquela não é um valor absoluto. É mesmo de total impropriedade falar-se em algo absoluto no Direito. Também não se está a dizer que segurança jurídica e justiça sejam ontologicamente antagônicos, porquanto sem um mínimo de segurança jurídica não é possível haver justiça.

Portanto, defende-se apenas que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica tem que ceder espaço a outros valores. Em outras palavras, “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.”¹¹

Assim, se a coisa julgada constitui uma das garantias do direito fundamental à segurança jurídica e se esta não é algo absoluto, logo, aquela também não é.

Não se busca com isso eliminar a coisa julgada ou tornar regra o seu afastamento. O Prof. Cândido Rangel Dinamarco, com sua sabedoria de sempre, elucida isto:

“A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a auctoritas rei judicatae ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral.”¹²

Sua posição apoia-se, portanto, “no equilíbrio (...) entre duas exigências opostas mas conciliáveis – ou seja, entre a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade”¹³ – cuja síntese é “o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com

isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá.”¹⁴

Mas, certamente, esta não foi a primeira vez que os operadores do Direito se depararam com sentenças injustas, aberrantes. Afinal, desde que a coisa julgada existe é possível se constatar este fenômeno. Então, por que só agora veio a lume esta idéia de se relativizar a coisa julgada material?

A Ciência do Direito Processual, em seu terceiro momento metodológico, repudia a idéia de que o processo seja um mero instrumento técnico (assertiva que não vai ao ponto de querer que o processualista descure o rigor científico de sua matéria). Já não basta chegar a uma solução do caso, há que se exigir que tal decisão tenha sido fruto de um procedimento justo e que ela própria esteja permeada do sentimento de justiça. Não mais se admite que o juiz seja apenas “a boca inanimada da lei”. Que o resultado do processo seja entregue à sorte da iniciativa (ou da falta de iniciativa) das partes (imparcialidade não se confunde com neutralidade). Enfim, o processo deve funcionar como forma de acesso a uma ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da CF/88). É claro que, em contrapartida, existe um Poder Judiciário estruturado de forma arcaica e deficiente, a dificultar a consecução de tal desiderato.

Os institutos processuais foram concebidos para resguardar interesses meramente individuais e, na maioria, disponíveis, não se prestando, assim, a tutelar com eficácia os direitos individuais indisponíveis, os sociais e os coletivos cada vez mais crescentes (Isto talvez explique o exíguo prazo da ação rescisória estabelecido para todas as hipóteses de rescindibilidade).¹⁵

O constitucionalismo consolidou-se (a Constituição já não é mais vista como uma carta de intenções, não faltando quem defenda até a normatividade

do seu preâmbulo), a ponto de o controle de constitucionalidade ser hoje objeto de estudo profundo de muitos doutrinadores, precisamente por ser o meio de se garantir a supremacia da Constituição. E o constitucionalismo moderno tem sido marcado pela elevação de um maior rol de direitos e garantias à categoria de normas constitucionais, o que reforça a importância de se garantir a preeminência constitucional.

Por constituírem uma lapidar síntese, importa transcrevermos as seguintes palavras do Mestre Cândido Rangel Dinamarco:

“A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto este método, que em si constitui também uma tendência universal, ela retoma à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como *instrumento* a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.”¹⁶

Corolário de tudo isto é o trabalho de revisitação dos institutos processuais clássicos, a ser realizado por todos que lidam com o Direito, com o objetivo de adaptá-los ao nosso tempo.

É, pois, neste contexto publicístico, de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que a idéia de se flexibilizar a coisa julgada material encontra um ambiente propício ao seu florescimento.

Vale consignar que isto é um fenômeno que ocorre também em outros países, mas cuja análise torna-se inviável

neste trabalho devido à sua reconhecida limitação, merecendo destacar apenas que a cultura jurídica anglo-americana, segundo o Prof. Dinamarco, aceita com mais facilidade a relativização da coisa julgada do que os países de origem romano-germânica.

Mas, nascida da análise de casos concretos (método indutivo), a grande dificuldade que se tem é a de se conferir uma sistematização à teoria da relativização da coisa julgada, isto é, em se saber, objetivamente, quais as hipóteses que autorizam o abrandamento dos rigores da coisa julgada.

E foi deste esforço que surgiu a teoria da coisa julgada inconstitucional como um dos desdobramentos da teoria da relativização da coisa julgada material.

4. A Coisa Julgada Inconstitucional:

Conquanto ao longo da história se tenha reconhecido a existência de normas superiores e inferiores, foi graças a Hans Kelsen que a Ciência do Direito ganhou o mais completo estudo acerca do escalonamento hierárquico das normas jurídicas (Teoria Pura do Direito).

Com espedeque em seus ensinamentos, podemos dizer, singelamente, que o ordenamento jurídico pode ser representado por uma pirâmide, em cuja base encontram-se as normas específicas (aqui incluída a sentença judicial), as quais são as mais numerosas; na parte intermédia, acham-se as normas dotadas de maior generalidade e abstração; e no ápice, localiza-se a Lei Hipotética Fundamental, a quem compete conferir unidade e fundamento a todo o sistema. Se a olharmos de baixo para cima, veremos que as normas vão diminuindo de quantidade e adquirindo cada vez mais um caráter abstrato e geral. Invertendo-se a direção, inverte-se o resultado. Enfim, as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das

normas superiores.

A Lei Hipotética Fundamental não é a Constituição. Ela não se encontra explícita, é apenas pressuposta para dar funcionamento ao sistema, e pode ser traduzida por: *Cumpra-se a Constituição!*

Não obstante, por ser a Lei Hipotética Fundamental uma mera criação com o escopo de ser uma espécie de “primeiro motor”, podemos dizer que a Constituição é a Lei Magna, a Lei Fundamental, a Suprema Lei.

E foi com o desiderato de garantir a supremacia da Constituição que foram criados os sistemas de controle de constitucionalidade (difuso, concentrado e misto), através dos quais averigua-se a conformidade, tanto no aspecto formal (incluindo o orgânico) quanto no material, de uma norma com a Constituição. E a consequência que o vício da inconstitucionalidade acarreta à norma é o seu banimento do ordenamento jurídico.

Embora por este sistema a sentença judicial também deva obediência à Constituição Federal, o certo é que o controle de constitucionalidade sempre teve como objeto (ou pelo menos como alvo principal) os atos emanados do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ficando os atos do Poder Judiciário quase que imunes a tal controle. As palavras do Prof. Humberto Theodoro Júnior expressam melhor este fato, para o qual oferece ainda uma explicação:

“Com efeito, institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a coisa julgada e

ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal Estado de Direito. Consagra-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto.

Tal é o resultado da idéia, data vênua equivocada e largamente difundida, de que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo, destarte, defensor máximo dos direitos e garantias assegurados na própria Constituição.¹⁷

Não obstante, é inegável que o Poder Judiciário pode proferir decisões que contrariam direta ou indiretamente a Constituição, tendo em vista principalmente que hoje o método literal é considerado o mais pobre de todos, bem assim o incremento (necessário) dos poderes do juiz a que se assiste nas últimas décadas. Negar isto importa em admitir que o Judiciário esteja acima da Constituição, representando um verdadeiro poder constituinte paralelo, ou, no mínimo, que ele é superior aos demais poderes, indo de encontro assim ao contido no art. 2º da CF/88.

O nosso ordenamento jurídico reconhece a possibilidade da existência de sentenças inconstitucionais quando instituiu o Recurso Extraordinário (art. 102, III, da CF/88). Ocorre que este controle é exercido apenas no curso

do processo, sem falar que, por vários motivos (até mesmo pelas excessivas exigências colocadas pelo STF como requisitos à admissibilidade recursal), este remédio não é utilizado.

Assim, o que fazer ante uma decisão judicial, protegida pelo manto da coisa julgada material, que viola a Constituição, seja porque aplicou lei que foi posteriormente declarada inconstitucional, seja porque negou aplicação a uma norma constitucional por considerá-la inconstitucional, seja ainda porque malferiu normas diretamente colocadas na Constituição?

Ora, a coisa julgada material, mesmo com o seu poder de sanação geral e com a sua eficácia preclusiva em relação ao deduzido e ao dedutível (art. 474 do CPC), não tem o condão de eliminar a inconstitucionalidade contida na sentença, por ser este o vício mais grave de que um ato jurídico pode padecer. Aceitar o contrário é ferir outra vez a Constituição, porquanto, a pretexto de evitar a eternização de litígios, estar-se-ia eternizando inconstitucionalidades. Daí a razão de se falar em *coisa julgada inconstitucional*. Mas esta explicação é melhor formulada pelo Prof. Cândido Dinamarco quando este diz que é:

“(...) é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Consti-

tuição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.”¹⁸

Com base nesta premissa, o desafio dos doutrinadores é precisamente o de estender o controle de constitucionalidade às sentenças com trânsito em julgado, construindo para isto um mecanismo adequado.

Se entendermos a expressão “lei”, contida na quinta hipótese de rescindibilidade elencada no art. 485 do Código Buzaid (*violação à literal disposição de lei*), em seu sentido *lato*, para abranger também a Constituição, percebe-se que é perfeitamente possível o manejo da ação rescisória para elidir o vício da inconstitucionalidade.

Para acolherem a ação rescisória proposta, os Tribunais têm, inclusive, afastado, por reiteradas vezes, a incidência da Súmula de n.º 343 do STF, *quando se tratar de matéria constitucional*, com base no entendimento de que o reconhecimento da inconstitucionalidade não se iguala à mera mudança de interpretação de um preceito legal. A lei ou é válida ou é inválida.

Apesar de ser possível expungir do ordenamento a decisão judicial que viola a Constituição, conforme foi demonstrado acima, por meio da ação rescisória, a qual até ganhou um reforço para o seu manuseio com o entendimento do afastamento da Súmula 343 do STF, os doutrinadores que estudam o assunto em apreço, em sua maioria, lançam vorazes críticas a este expediente, motivo pelo qual propõem a utilização de outros mecanismos processuais na consecução de tal desiderato.

4.1 - Os instrumentos processuais de controle propostos:

A principal crítica que se opõem à ação rescisória, como mecanismo apto a elidir a inconstitucionalidade da decisão judicial, concerne à sua limitação temporal. De certo, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão” (art. 495 do Código Buzaid). Transcorrido este prazo, tem-se a coisa soberanamente julgada.

A objeção parte do raciocínio de que a inconstitucionalidade é o vício mais grave que um ato jurídico pode conter, o qual tem o condão de fulminá-lo com a nulidade absoluta. Rechaça-se aqui, pois, a corrente doutrinária extremada e minoritária que entende que a inconstitucionalidade acarreta não a invalidade congênita do ato, mas sim a sua inexistência, porquanto a sentença inconstitucional reúne os elementos necessários à sua formação, previstos no art. 458 do CPC. Destarte, a inconstitucionalidade apenas retira a sua validade. Corroborando esta assertiva, eis a acertada lição do Prof. Humberto Theodoro Júnior:

“Uma decisão judicial que viole a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. (...) Mas, contrapondo-se a (*sic*) exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para valer, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado.

Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei

inconstitucional, o ato judicial é nulo, estando sujeito em regra geral, aos princípios aplicáveis a qualquer (*sic*) outros atos jurídicos inconstitucionais.”¹⁹

Assim, não seria possível a convalidação de um ato eivado de inconstitucionalidade, o que ocorreria caso a declaração deste vício ficasse sujeita ao prazo decadencial de dois anos.

Este entendimento encontra apoio, por meio da analogia, no fato de o controle de constitucionalidade dos atos legislativos não se encontrar condicionado a prazo nenhum.

Seguindo esta linha, “a eleição da via da rescisória, ainda que inadequada, para a arguição da coisa julgada inconstitucional”, não significaria “a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento. Do contrário seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que é não só inconveniente como avilta o sistema e valores da Constituição.” São as palavras de Humberto Theodoro Júnior²⁰, o qual chega ao ponto de conceber a idéia de que a sentença inconstitucional não transita em julgado, ou seja, não haveria a formação da coisa julgada a incidir sobre a decisão judicial inquinada. É, pois, o que assevera: “Em verdade, a coisa julgada inconstitucional, à vista de sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade.”²¹

Por entenderem que a inconstitucionalidade enseja a sua alegação em qualquer instância e a qualquer

momento, bem como o seu conhecimento de ofício pelo juiz, é que estes autorizados doutrinadores, em sua maioria, advogam a subsistência no direito brasileiro da *querela nullitatis*, não só no caso de inexistência ou invalidade da citação inicial, mas também na hipótese de inconstitucionalidade da coisa julgada, haja vista tratar-se de um vício insanável.

José Cretella Neto, citado por Carlos Valder do Nascimento, formula um conceito da *querela nullitatis* que vale a pena transcrevê-lo:

“Expressão latina que significa nulidade do litígio. Indica a ação criada e utilizada na Idade Média, para impugnar a sentença, independentemente de recurso, apontada como a origem das ações autônomas de impugnação.”²²

Em bom português significa, pois, ação declaratória de nulidade da sentença (e/ou acórdão), de competência do próprio órgão julgador do processo que deu origem à decisão judicial inquinada de nulidade, e não do Tribunal a que este se encontra vinculado, como ocorre na ação rescisória.

Em razão, sobretudo, do disposto no art. 741, I, do CPC, a doutrina e a jurisprudência defendiam a sobrevivência da *querela nullitatis* em nosso ordenamento em uma única hipótese, qual seja, quando a citação tiver sido nula ou inexistente, mostrando-se o réu revel. É, pois, o que se infere do julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo colacionado:

“PROCESSUAL CIVIL – NULIDADE

DA CITAÇÃO (INEXISTÊNCIA) – QUERELA NULLITATIS.

I – A tese da *querela nullitatis* persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis, que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.

II – Recurso não conhecido.”²³

Do exposto, resulta que por dois modos se poderá obter a declaração de nulidade do processo em que falta a citação inicial, ou quando esta for nula, desde que tenha corrido à revelia: a) ou por embargos de devedor, a fim de desconstituir a eficácia do título executivo (Código de Processo Civil, art. 741, I); b) ou por ação declaratória, nomeadamente se a sentença é desprovida de execução forçada (Código de Processo Civil, art. 4º).”

Não obstante o entendimento, acima explanado, de que dois são os remédios a serem utilizados (ação declaratória de nulidade/*querela nullitatis* e embargos à execução), vozes autorizadas na doutrina pugnavam pela ampliação destes mecanismos processuais, de que é exemplo a lição de Liebman, extraída deste mesmo aresto:

“Qual seria, em verdade, o processo

adequado para a declaração de tal nulidade? Não há outra resposta que esta: todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratória.”²⁴

Este mesmo amplo leque de possibilidades vem, por analogia e pelo que dispõe o novel parágrafo único do art. 741 do CPC, sendo defendido pela doutrina e aceito pelos juizes e tribunais como apto a afastar a mácula da inconstitucionalidade da coisa julgada. Eis o relato do Prof. Cândido Dinamarco:

“A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade. (...) Tomo a liberdade de tornar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo

executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

(...)

A casuística levantada demonstra que os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame.”²⁵

Despida de uma preocupação com o rigor científico e com as conseqüências daí advindas, a doutrina majoritária entende cabível, portanto, a utilização dos seguintes instrumentos processuais de controle: ação rescisória, embargos à execução, exceção de pré-executividade, ação declaratória de nulidade, a simples renovação da ação (desconsiderando a coisa julgada) ... Não faltando quem autorize o uso do Remédio Heróico, como o faz Leonardo de Faria Beraldo:

“É pacífico e sumulado na jurisprudência que não é cabível mandado de segurança contra sentença passada em julgado. Entretanto, pensamos que, pelo fato de o mandado de segurança ter um rito bastante célere, ele também poderia ser um caminho à proteção de uma grave ameaça, desde que a pessoa comprove, de plano, seu direito líquido e certo.”²⁶

Com isso, outorga-se a todo e qualquer juiz um poder geral de controle da constitucionalidade da coisa julgada.

4.2 – Diferença entre Relativização da coisa julgada e Coisa julgada inconstitucional:

Conforme já foi consignado, o nó górdio da questão consiste em saber de forma objetiva quais as hipóteses que devem ensejar o afastamento da coisa soberanamente julgada.

Não obstante existam muitas divergências a respeito, entendemos que Relativização da coisa julgada é algo mais amplo que Coisa julgada inconstitucional. A primeira é gênero, de que a segunda é espécie. Uma das hipóteses em que a coisa julgada poderá ser relativizada é, pois, quando a decisão julgada contiver a mácula da inconstitucionalidade.

Entendemos, ainda, que a coisa julgada inconstitucional é constada através do cotejo entre a sentença (e/ou acórdão) e a Constituição. Ou seja, é uma questão de interpretação e aplicação do Direito. Sempre foi assim quando se fala em controle de constitucionalidade das normas, não havendo motivo para ser diferente quando esse controle tiver como objeto sentenças judiciais.

Destarte, nos casos em que, graças ao avanço da ciência ou por qualquer outro motivo, ocorre uma importante descoberta de cunho fático, superveniente ao trânsito em julgado, não há como atribuir à sentença a pecha da inconstitucionalidade, posto que quando da sua prolação o Direito foi aplicado corretamente. Apenas o juiz não dispunha dos meios probatórios necessários à materialização da justiça. Isto não quer dizer, todavia, que a coisa julgada não deva ser flexibilizada, afinal a descoberta da verdade real tornou a sentença injusta ou teratológica.

Apenas o fundamento a ser utilizado deverá ser outro que não o da constitucionalidade, podendo ser, por exemplo, o da proporcionalidade.

Desta forma, não podemos dizer, por exemplo, que a sentença proferida quando não havia o exame de DNA ou quando o seu uso era bastante restrito seja inconstitucional só porque a realização *a posteriori* deste tenha demonstrado a sua inexatidão. Nem que a sentença que condenou a Fazenda Pública de São Paulo na ação de desapropriação indireta seja inconstitucional em razão da descoberta superveniente de o terreno sempre ter pertencido ao erário público paulistano.

A sentença viola a Constituição quando, por exemplo, aplica lei que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF ou quando vai de encontro direto às normas de envergadura constitucional. Acreditamos, portanto, que tenha sido esta a concepção de coisa julgada inconstitucional adotada pelo CPC em seu art. 741, parágrafo único. Passemos, então, à sua análise, ainda que de forma superficial.

5. Do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil:

A Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24.08.2001, através de seu art. 10º, acrescentou ao art. 741 do CPC parágrafo único que tem a seguinte dicção:

“Para efeito do disposto no inc. II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis

com a Constituição Federal.”

A Medida Provisória referida, que constitui a última edição da MP de n.º 1.798, de 13.01.1999, encontra-se em vigor por força do art. 2º da EC n.º 32/2001, a qual, ao dar um novo disciplinamento às MP's, acabou por criar a figura paradoxal das *medidas provisórias permanentes*, retirando, assim, com uma “mão” o que havia dado com a outra, já que veio a lume com o escopo de limitar as reedições abusivas desta medida excepcional promovidas pelo Chefe do Executivo.

Mas antes da MP de n.º 2.180-35, a MP de n.º 1.984-17, de 04.05.2000, foi a primeira a inserir este dispositivo, o qual tinha uma redação um pouco diferente da atual. Ei-la:

“Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

Esta redação só veio a ser alterada pela MP de n.º 1.984-20, de 28.07.2000, a qual estabeleceu o texto que se mantém até hoje graças às várias reedições da MP de n.º 1.798.

A Consolidação das Leis do Trabalho também contém esta regra em seu art. 884, § 5º²⁷, inserida pela MP n. 2.180-35.

Este parágrafo mudou o conceito de inexigibilidade construído ao longo da história pela doutrina, pois até então a inexigibilidade do título estava ligada a uma questão temporal.

5.1 – O motivo da MP n.º 2.180-35:

A Fazenda Pública é a litigante que tem contra si o maior número de decisões que têm provocado a necessidade de se reestudar a coisa julgada. Por isso é que a maioria dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema reconhece que a Medida Provisória em apreço foi editada tendo em vista principalmente os interesses fazendários.

De certo, já em 11.06.1997, o Governo editou a Medida Provisória de n.º 1.577, a qual, dentre outras modificações, aumentava o prazo da ação rescisória para 04 anos em favor da Fazenda Pública, bem como estabelecia uma nova hipótese de rescindibilidade da decisão judicial com trânsito em julgado. Eis o dispositivo aludido:

“Art. 4º O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em quatro anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Parágrafo único. Além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando a indenização fixada em ação de desapropriação for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem desapropriado.”

Esta redação foi alterada pela MP de n.º 1.577-5, de 30.10.1997, a qual foi mais benéfica que a MP origi-

nária, ao estatuir:

“Art. 4º O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Parágrafo único. Além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando a indenização fixada em ação de desapropriação, em ação ordinária de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, e também em ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem objeto da ação judicial.”

Nova alteração, inserida diretamente no CPC, sobreveio ao texto com a edição da MP n.º 1.658-12, de 05.05.1998, através da qual incluiu-se, louvavelmente, o Ministério Público:

“Art. 4º Os arts. 188 e 485 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passam a

vigorar com as seguintes alterações:
Art. 188. O Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, gozarão do prazo:

I - em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória; e

II - em quádruplo para contestar.

Art. 485.

(...)

X - a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial.”

Esta norma existiu até o advento da MP de n.º 1.774-22, de 11.02.1999, que não mais a previu.

Mas em 16.04.1998 o Colendo Supremo Tribunal Federal já tinha suspenso, cautelarmente, os efeitos deste dispositivo através da ADIn de n.º 1.753, proposta pelo Conselho Federal da OAB, cujo julgamento final só restou prejudicado por causa de um problema no aditamento da exordial (reedições da MP), o que configura perda de objeto. Em caráter excepcional, o Plenário do STF havia deferido o pedido de medida cautelar por entender inexistentes os pressupostos de relevância e urgência, obtemperando:

“Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência

para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa.”²⁸

Como se observa, já faz algum tempo que o Estado vem buscando meios de afastar a coisa julgada das decisões inconstitucionais ou teratológicas proferidas contra ele.

O Prof. Dinamarco, ao abordar o assunto, embora não o fizesse especificamente em relação ao parágrafo único do art. 741 do CPC, assim externou seu receio:

“Vejo (...) com muita preocupação a relativa disposição a favorecer o Estado com a flexibilização da coisa julgada, sem flexibilizá-la em prol de outros sujeitos ou em face de valores ainda mais nobres que os relacionados com os interesses estatais puramente patrimoniais.

.....

OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS BRASILEIROS COLHIDOS NA PESQUISA FEITA APONTAM EXCLUSIVAMENTE CASOS EM QUE SE QUESTIONAVAM INDENIZAÇÕES A SEREM PAGAS PELO ESTADO, NOTANDO-SE ATÉ UMA

PREOCUPAÇÃO UNILATERAL PELA INTEGRIDADE DOS COFRES PÚBLICOS, MAS O TEMA PROPOSTO É MUITO MAIS AMPLO, PORQUE A FRAGILIZAÇÃO DA COISA JULGADA COMO REAÇÃO A INJUSTIÇAS, ABSURDOS, FRAUDES OU TRANSGRESSÃO A VALORES QUE NÃO COMPORTAM TRANSGRESSÃO, É SUSCETÍVEL DE OCORRER EM QUALQUER ÁREA DAS RELAÇÕES HUMANAS QUE SÃO TRAZIDAS À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.¹²⁹

Assim, conquanto seja possível asseverar que esta norma veio a lume para tutelar de forma imediata os interesses da Fazenda Pública, não se pode negar que esta medida pode ser bem utilizada por ambas as partes (Estado e particular), não fossem as impropriedades que serão analisadas nos subitens 5.3 e 5.5.

5.2 - A MP n.º 2.180-35 e a ADIn n.º 2.418-3:

O Conselho Federal da OAB ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n.º 2.418-3), com pedido de liminar, contra a MP n.º 2.102-27, de 26.01.2001, cujas reedições foram objeto de regular aditamento da inicial, com o desiderato de expungir do ordenamento os seus arts. 4º e 10º. Este último foi o que introduziu parágrafo único ao art. 741 do Código Buzaid, alvo de nossa atenção.

AADIn foi ajuizada em 22.02.2001, e até hoje não há qualquer manifestação meritória do Supremo (mais de três anos para apreciar uma liminar!), consoante o demonstrativo em anexo, o qual informa ainda que a Procuradoria Geral da República emitiu parecer favorável à declaração de inconstitucionalidade no que concerne ao art. 10 da Medida Provisória vergastada.

O Conselho Federal da OAB entende que o

dispositivo é inconstitucional por encontrar-se despido de urgência (art. 62 da CF/88) e por malferir a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

De certo, a doutrina já apregoava que não há urgência em matéria de natureza processual, entendimento que veio a ser acolhido pela EC n.º 32/2001 que, ao dar uma nova roupagem a esta espécie normativa, vedou a sua edição sobre processo penal e processo civil.

Em relação ao fundamento da violação ao art. 5º, XXXVI, da Carta Magna (“*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”), o Conselho Federal da OAB assim se manifestou:

“A criação do novel caso de ‘inexigibilidade’ de título executivo judicial perpetrada pelo artigo 10 da Medida Provisória 2.102-27, na parte que acrescentou parágrafo único ao art. 741 da Lei federal n.º 5.869, configura dissimulada hipótese de rescindibilidade da sentença transitada em julgado. De fato, privar o **decisum** do principal efeito que lhe é próprio – ensejar execução forçada – consubstancia ataque à autoridade do decidido em juízo após sucessivos atos e julgamentos. O preceito, a toda evidência, investe contra a segurança de que se revestem as decisões judiciais finais, colidindo com as determinações do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.”³⁰

Entendemos, *data maxima venia*, que não há por

que invocar este dispositivo normativo, porquanto o art. 5º, XXXVI, da CF/88 consubstancia tão-somente o princípio da irretroatividade da lei. O constituinte poderia ter dito apenas que a lei não prejudicará o *ato jurídico perfeito*, expressão que engloba o direito adquirido e a coisa julgada. Mas se assim não fez foi porque quis apenas realçar estes dois institutos. Curvamo-nos, pois, ao escólio do Prof. José Afonso da Silva:

“A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez no art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.”³¹

Destarte, não há malferimento ao art. 5º, XXXVI, da CF/88³², o que não esgota todas as possibilidades de violação à Magna Carta.

5.3 – Exegese do parágrafo único do art. 741 do CPC:

O Chefe do Poder Executivo foi, no mínimo, imprudente ao tratar de um assunto de tamanha envergadura num único dispositivo, o que tem dado margem a diversas interpretações.

Decompondo o parágrafo único do art. 741 do

CPC em duas hipóteses, temos:

1. Título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

A declaração de inconstitucionalidade a que se refere a norma é a que é feita pelo STF em sede de controle abstrato (ADIn). A doutrina vem entendendo que este dispositivo só engloba a declaração de inconstitucionalidade feita incidentalmente se o Senado Federal fizer uso do art. 52, X, da CF/88.

Tem-se entendido, outrossim, que este preceito compreende o processo inverso, ou seja, o caso em que o juiz afastou a aplicação de uma lei ou ato normativo por considerá-los inconstitucionais e o STF, posteriormente, julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Entendemos que nestes casos ocorre uma ofensa indireta à Constituição. Mas vale registrar que existe quem entenda que, quando o juiz deixa de aplicar uma norma por vislumbrar na mesma o vício da inconstitucionalidade, a ofensa é direta à Constituição. E há os que dizem que a agressão é feita à lei afastada e não à Constituição. São os entendimentos esposados, por exemplo, por Bruno Boquimpani Silva³³ e por Humberto Theodoro Júnior/Juliana Cordeiro de Faria³⁴, respectivamente.

Conquanto se entendesse que a declaração abstrata de inconstitucionalidade feita pelo STF tivesse efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, a coisa julgada sempre constituiu um óbice à produção plena destes efeitos. Ou seja, tal declaração não tinha o poder de alterar em nada a decisão com trânsito em julgado. Com o dispositivo em comento, amplia-se, portanto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade feita pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Importa ainda, por uma questão de amor à

argumentação, consignar que críticas são feitas quanto à imposição de a declaração de inconstitucionalidade ser feita apenas pelo STF. Invoca-se para isto a hipótese em que esta declaração não se efetiva tão-somente em razão da inércia dos legitimados à propositura da ADIn ou em virtude da perda de objeto da ação com a revogação da norma. Assim, não seria legítimo manter a coisa julgada inconstitucional só porque a Corte Suprema não teve oportunidade de apreciar a constitucionalidade da norma, devendo o juiz realizar em concreto este controle.

Mas de acordo com o que foi visto há pouco, o art. 741, parágrafo único, do CPC não comporta esta interpretação extensiva.

2. Título judicial fundado em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal;

Trata-se do caso em que a ofensa é feita diretamente à Constituição. Não mais se condicionou a inexigibilidade do título à interpretação feita pelo Supremo, como o fazia a primeira redação deste dispositivo, que, como vimos, era a seguinte:

“Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

Esta hipótese poderá ser muito mal utilizada.

5.4 – Efeitos da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada: *ex tunc* ou *ex nunc*?

Assim como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade, Leonardo de Faria Beraldo entende que,

em regra, a declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada produz efeitos *ex tunc*, podendo o juiz fazer uso, por analogia, do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, que regula o processo e julgamento da ADIn e da ADCon perante o STF. Mas registre-se que o Supremo entende que o juiz singular não pode fazer uso do referido artigo por analogia.

Até o advento desta Lei, entendia-se que a declaração de inconstitucionalidade sempre produzia efeitos *ex tunc*, ou seja, a norma era tida como nula desde o seu nascedouro, e *erga omnes*, isto é, atingia a todos, indistintamente.

A Lei n.º 9.868/99 modificou este entendimento através do seu art. 27, cujos elaboradores buscaram inspiração na legislação de outros países (*verbi gratia*, a Alemanha), ao conferir ao STF o poder grandioso de, mediante maioria qualificada, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podendo ainda estabelecer que estes serão apenas *ex nunc* (a partir do trânsito em julgado) ou *pro futuro*. Tal fenômeno vem sendo chamado pela doutrina, paradoxalmente, de *constitucionalização da inconstitucionalidade* e de *inconstitucionalidade interrompida*.

Não obstante, enquanto vigorar tal dispositivo mitigador, é de se propugnar pela sua utilização excepcionalíssima, seja no controle abstrato das normas, seja quando do afastamento da coisa julgada inconstitucional. Como diz o seu maior defensor, Gilmar Ferreira Mendes, ele só deve ser aplicado “se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.”³⁵

5.5 – Da impropriedade de sua inserção na matéria que trata dos embargos à execução:

A introdução do dispositivo em comento no

Capítulo II, Título III, do Livro II do Código de Processo Civil, o qual trata dos embargos à execução fundada em sentença (a sua inserção no que concerne aos títulos extrajudiciais seria mesmo despicienda, porquanto a matéria de defesa já era ampla), acabou por robustecer o entendimento, aqui já explicitado, de que a inconstitucionalidade da sentença pode ser argüida através de qualquer meio (embargos à execução, exceção de pré-executividade, ação declaratória de nulidade, simples renovação da demanda, mandado de segurança, etc.). Senão vejamos:

O parágrafo único do art. 741 do CPC tem um alcance limitado, porquanto só atinge as sentenças que ensejam execução (sentença condenatória), deixando incólumes as sentenças declaratória, constitutiva, mandamental e executiva *lato senso*, sem que haja uma razão plausível para este discrimen (a única razão pode ser encontrada na ânsia do Estado de afastar a coisa julgada das sentenças, proferidas em seu desfavor, que já se encontravam na fase agressiva da execução, o que se revelaria para ele uma medida de caráter urgente).

Ora, isto acarreta, inevitavelmente, a busca de meios para atacar as sentenças de natureza não-condenatória.

E foi exatamente isto o que ocorreu no caso em que o réu se mostrou revel em razão da inexistência ou da nulidade da citação. O único instrumento previsto no CPC era os embargos à execução (art. 741), o que não impediu a doutrina e o Judiciário de defenderem a sobrevivência da *querela nullitatis* no direito positivo brasileiro, bem como o uso de outros remédios processuais.

Apesar de ser necessário o afastamento da coisa julgada inconstitucional, há um sério inconveniente advindo do uso dos meios processuais que vêm sendo propostos, sobretudo, dos embargos à execução, para o qual poucos

têm atentado. Trata-se da possibilidade de um juiz inferior anular a decisão de um juiz superior. Isto pode ocorrer principalmente quando há interposição de recurso, caso em que o acórdão substitui a sentença, ainda que a ratifique inteiramente (art. 512 do CPC). Assim, poderia ocorrer, por exemplo, de um juiz singular anular uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. Isto explica porque a ação rescisória é da competência originária dos tribunais.

Entendemos que não se pode igualar o caso da inexistência ou nulidade da citação ao caso da inconstitucionalidade da coisa julgada, pois, na primeira hipótese, a coisa julgada, por expressa determinação do art. 472 do CPC, não se forma, salvo raras exceções. De certo, só quem teve a possibilidade de participar efetivamente do processo, contribuindo para o convencimento do juiz, é que, em regra, se sujeita à coisa julgada. Já na segunda hipótese, a coisa julgada se forma, ela apenas é viciada.

Leonardo de Faria Beraldo formula algumas indagações que apontam outros inconvenientes do uso dos embargos à execução para ilidir a sentença inconstitucional. Vale a pena, pois, transcrevê-las:

“Quais seriam os efeitos decorrentes de um julgamento desfavorável ao detentor do título executivo, ou seja, que resultado passará a vigorar no lugar daquele desconstituído em face de sua inconstitucionalidade? Poderia o órgão responsável pela sua desconstituição julgar o mérito caso fosse possível? Ou este julgamento competiria apenas ao juiz de direito que prolatara a sentença primeva? E mais, será que o perdedor

teria então de propor uma nova ação?”³⁶

Na ação rescisória, o Tribunal desconstituiu a sentença e/ou acórdão, e ainda está autorizado, pelo art. 494 do CPC, a proferir um novo julgamento, se o caso o exigir.

Mas, como se vê, este complexo assunto está precisando de um disciplinamento mais adequado.

6. Da necessidade de se conferir um novo disciplinamento à ação rescisória:

Sempre que o ordenamento jurídico não oferece os meios aptos à solução de determinada problemática, tem-se como corolário natural a utilização da criatividade pelos operadores do Direito com o escopo de resolvê-la, até que sobrevenha a alteração legislativa desejada.

A ação rescisória, com o seu atual regramento, revelou-se incapaz de dirimir eficazmente a questão aqui analisada. Assim, apesar dos inconvenientes já apontados, resulta digna de elogios a idéia de se buscar na *querela nullitatis* subsídio para se admitir o uso de vários remédios processuais no afastamento da coisa julgada.

O CPC de 1973, quando do seu advento, sentiu a necessidade de se modificar a ação rescisória, o que se depreende, por exemplo, da ampliação procedida do rol das hipóteses de rescindibilidade previsto no CPC de 1939.

Embora seja algo esposado por uma doutrina minoritária, entendemos que, enquanto não se constrói algo melhor, as hipóteses de cabimento da ação rescisória é que merecem ser revistas, bem como o prazo para a sua propositura. E achamos inviável a idéia de se atribuir ao STF competência privativa para afastar a coisa julgada inconstitucional, como o quer, por exemplo, Leonardo de

Faria Beraldo.

O emérito Professor Alexandre Freitas Câmara, no que tange ao caso da coisa julgada inconstitucional, propõe algumas alterações no CPC que vale a pena copiar as suas palavras:

“A meu sentir, deve-se acrescentar um novo inciso ao art. 485 do Código de Processo Civil. Através deste novo dispositivo estabelecer-se-ia que a sentença de mérito transitada em julgado poderia ser rescindida quando ofendesse norma constitucional.

Não bastaria, porém, acrescentar este novo inciso ao art. 485 do CPC, mesmo porque a rigor tal dispositivo, sozinho, em nada inovaria, uma vez que – conforme já se viu – a rescisão da sentença inconstitucional já é possível com base no disposto no inciso V daquele artigo. A criação do novo inciso só se justificaria se este fosse a ‘pedra fundamental’ de um novo regime, que para se completar dependeria de outras regras.

Assim é que, criado o novo inciso a que me referi, seria preciso acrescentar-se, em seguida, um novo parágrafo ao mesmo art. 485 do CPC. Tal parágrafo estabeleceria que ‘a sentença de mérito transitada em julgado que ofende a Constituição só deixa de produzir efeitos após rescindida na forma prevista neste

Capítulo, permitida a concessão, pelo relator, de medida liminar que suspenda temporariamente seus efeitos se houver o risco de que sua imediata eficácia gere dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação da demanda rescisória'. Deste modo, a 'ação rescisória' passaria a ser o único meio adequado para a desconstituição da sentença transitada em julgado que ofende a Constituição da República.

Com este modelo que ora se propõe, estar-se-ia alcançando, a meu ver, um ponto de equilíbrio entre os dois valores que entram em conflito diante da sentença inconstitucional transitada em julgado, a segurança e a justiça. Afinal, a se adotar este modelo, a coisa julgada prevaleceria até o julgamento da 'ação rescisória', permitida a suspensão liminar da eficácia da sentença nos casos em que estivessem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Para completar o sistema, porém, seria necessário acrescentar-se um parágrafo ao art. 495 do CPC, o qual estabeleceria que 'sendo a 'ação rescisória' fundada em violação de norma constitucional o direito à rescisão pode ser exercido a qualquer

tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo'. Conseqüência inexorável da adoção do modelo aqui proposto seria a revogação do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, que se tornaria incompatível com as novas regras adotadas."³⁷

Importa acrescentar que a revisão criminal, irmã siamesa da ação rescisória, pode ser movida a qualquer tempo pela defesa, dada a relevância do bem liberdade para a nossa sociedade. Embora possa ser manejada quando se tratar de uma questão de aplicação do Direito, conforme dispõe o art. 621 do CPP (*I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal...*), o legislador se preocupou mais em prevê questões de cunho fático a possibilitar o uso da revisão criminal (o princípio da verdade real sempre preponderou mais no Direito Processual Penal do que no Direito Processual Civil), consoante o inciso II do art. 621 do CPP (*II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*) e, principalmente, o inciso III do mesmo artigo (*III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena*). Esta última e ampla hipótese - **fato novo** - pode, pois, ser utilizada para funcionar como "inspiração" para uma proposta *de lege ferenda*, a qual poderá solucionar, por exemplo, o caso dos julgados emitidos sem a realização do exame de DNA, além de outros casos relevantes e excepcionais que justifiquem a indeterminação do prazo para a ação rescisória.

Não vale, por fim, argüir que a ação rescisória é

imprópria ao desiderato aqui proposto com fulcro na suposta diferença entre rescindibilidade e nulidade (acrescente ainda a anulabilidade). A confecção do art. 485 do CPC não se deu orientada por esta diferenciação. Exemplos disto são os casos de ausência da intervenção do Ministério Público quando a lei a considere obrigatória (art. 84 do CPC) e o da incompetência absoluta do juiz (art. 113, § 2º, do CPC) que, apesar de serem causas de nulidade do processo, ensejam a propositura da ação rescisória. Não há uma liame objetivo entre as hipóteses do art. 485 do Código Buzaid, mais parecendo que se trata de uma questão de política legislativa. A sentença e/ou acórdão podem, portanto, ser rescindidos quando contêm o vício da nulidade, da anulabilidade ou qualquer outro vício, desde que os mesmos se mostrem graves a ponto de merecerem ser expungidos através da ação rescisória.

7. Considerações Finais:

Num Estado Democrático de Direito, a coisa julgada material não pode funcionar como uma redoma para as sentenças e/ou acórdãos eivados de inconstitucionalidade ou de teratologia, porquanto a segurança jurídica, não sendo um valor absoluto, deve conviver harmoniosamente com outros valores, ficando em segundo plano quando estes se revelarem mais importantes. Daí a legitimidade de se relativizá-la em casos excepcionais.

A coisa julgada inconstitucional, nascida do esforço de se conferir uma sistematização à teoria da relativização da coisa julgada, ocorre quando o Direito é aplicado de forma acintosa à Constituição. Difere, pois, da hipótese em que a descoberta superveniente da verdade real torna injusta a decisão judicial com trânsito em julgado.

Deve-se, todavia, repelir a aplicação do princípio

da fungibilidade no afastamento da coisa julgada, ou seja, não se pode querer atingir tal desiderato utilizando todo e qualquer meio processual. Isto ensejaria, dentre outros inconvenientes, a possibilidade de um juiz inferior anular a decisão de um Tribunal. Daí a necessidade, enquanto não se vislumbra algo melhor, de se conferir um novo disciplinamento à ação rescisória, até porque os casos que clamaram pela relativização da coisa julgada assemelham-se às hipóteses já previstas no art. 485 do CPC.

De tudo o que foi exposto, o que deve ficar é que este assunto urge o envidamento de esforços no sentido de lhe conferir um disciplinamento responsável e harmônico, bem diferente do que fez recentemente o Chefe do Poder Executivo ao inserir parágrafo único ao art. 741 do CPC.

8. Bibliografia Consultada:

BUZZO, Luiz Gustavo Fornaziero. *Do Parágrafo Único do Art. 741 do CPC*. Disponível em: <<http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov2n3/12artigo.html>>. Acesso em: 21 mai. 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada Material*. Disponível em: <<http://www.cacofnd.org/upload/relativizacaocoisajulgada.rtf>>. Acesso em: 21 mai. 2004.

CAMINHA, Marcus Vinícius. *Coisa Julgada Inconstitucional: Divagações*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5088>>. Acesso em: 14 mai. 2004.

CARVALHO, Lúcia Cunha de. *Como Elaborar a Monografia de Final de Curso de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO JÚNIOR, Gilberto Barroso de. *A Coisa Julgada Inconstitucional e o Novo Parágrafo Único do Art. 741 do CPC*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3605>>. Acesso em: 14 mai. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de*

Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, *Marília Carvalho da*. O Princípio da Proporcionalidade na Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5089>>. Acesso em: 31 mai. 2004.

CUNHA, Marcelo Garcia da. *Coisa Julgada*. Disponível em: <<http://www.text.pro.br/wwwroot/39de020902/coisajulgadamarcelocunha.htm>>. Acesso em: 21 mai. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1987.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, *Relativizar a Coisa Julgada Material*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2004.

FIGUEIREDO, *Flávia Caldeira Brant Ribeiro de*. Controle de Constitucionalidade: Coisa Julgada em Matéria Tributária. *Belo Horizonte: Del Rey*, 2000.

MENDES, *Gilmar Ferreira*. Controle de Constitucionalidade: Uma Análise das Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: América do Sul, 2003.

OLIVEIRA, *Daniel Gomes de*. A Coisa Julgada Inconstitucional. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5087>>. Acesso em: 21 mai. 2004.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *A Autoridade da Coisa Julgada diante da Medida Provisória 2.180/01*. Disponível

em: <<http://www.mg.trt.gov.br/EJ/documentos/2002/colaboradores/coisajulgada.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2004.

PRAZERES, José Ribamar Sanches. Lei 9868/99: A Inconstitucionalidade Interrompida. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=131>>. Acesso em: 23 jul. 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3º vol. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Bruno Boquimpani. *O Princípio da Segurança Jurídica e a Coisa Julgada Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto775.rtf>>. Acesso em: 21 mai. 2004.

Notas:

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. p.45/52

² NEVES, Celso apud NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *A Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 133

³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. p.45

⁴ Apud PINTO, José Augusto Rodrigues. *A Autoridade da Coisa Julgada diante da Medida Provisória* 2.180.

⁵ STJ - REsp. n.º 107.248/GO - 3ª Turma. Rel. Menezes Direito. Julgamento: 07.05.1998. DJU, de 29.6.1998

⁶ STJ - Resp. n.º 226.436/PR - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 28.06.2001.

⁸ <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/22062001/13935.pdf>

⁸ STJ - REsp. n.º 240.712/SP - 1ª Turma. Rel. José Delgado. DJU: 24/04/2000

⁹ Informação extraída principalmente de um trecho da entrevista concedida ao IBAP pela Procuradora do Estado do Ceará, Maria Lúcia de Castro Teixeira. Disponível em: <<http://www.ibap.org/boletimeletronico/be02/boletim02.htm>> Acesso em: 17 jun. 2004.

¹¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *A Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 161/164

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ *Ibidem*

¹⁵ Antes do CPC de 1973, o prazo era prescricional de 05 anos, mas por força tão-somente do que dispunha o art. 178, § 10º, VIII, do CC/1916, porquanto o CPC de 1939 era silente sobre o mesmo. Não obstante, os casos de rescindibilidade eram bastante limitados e pouco utilizada era a ação rescisória, dada a relevância atribuída à segurança jurídica, bem como a preponderância de direitos disponíveis.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 73/74

¹⁷ *Apud* OLIVEIRA, Daniel Gomes de. *Coisa Julgada Inconstitucional*.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*.

¹⁹ *Apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *A Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 165

²¹ *Ibidem*. p. 107/108

²¹ *Ibidem*. p. 108/109

²² *Ibidem*. p. 24

²⁴ STJ – REsp. n.º 12.586/SP. Rel. Waldemar Zveiter. Julgamento: 08/10/1991

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*.

²⁷ *Apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *A Coisa Julgada Inconstitucional*. p.169

²⁷ Art. 884, § 5º: “Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”

²⁸ STF – ADIn n.º 1.573-2/DF. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. DJ: 12/06/1998

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*.

³⁰ STF – ADIn n.º 2418-3. *Petição inicial*.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 439.

³² A título de atualização do texto, importa registrar que o STJ, no julgamento do REsp n.º 692.788/SC, entendeu que o parágrafo único do art. 741 do CPC é constitucional, mas que o mesmo só se aplica às decisões cujo trânsito em julgado tenha ocorrido após a entrada em vigor da MP que o introduziu no ordenamento jurídico.

³³ SILVA, Bruno Boquimpani. *O Princípio da Segurança Jurídica e a Coisa Julgada Inconstitucional*.

³⁵ *Apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *A Coisa Julgada Inconstitucional*. p.115.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99*.

³⁶ *Apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *A Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 174

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada Material*.

APLICAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE LEI CONSTITUCIONAL

Rommel Moreira Conrado

Juiz de Direito

RESUMO

Introdução. Hermenêutica. Hermenêutica Constitucional. Princípios Constitucionais. Princípios Fundamentais. Aplicação Inconstitucional de Lei Constitucional. Conclusão. Notas

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se no presente trabalho tecer algumas considerações acerca da hermenêutica, especialmente da hermenêutica constitucional e de como o intérprete e aplicador do direito pode, amparando-se nos Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988, adotar uma posição de acordo com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

2 HERMENÊUTICA

Hermenêutica é termo, segundo De Plácido e Silva¹, “empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador. Na hermenêutica jurídica, assim, estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto le-

gal.”

Interpretar uma norma, por sua vez, é descobrir o seu alcance, procurando encontrar o seu real significado.

Assim, não está certo quem confunde hermenêutica com interpretação, empregando indistintamente as duas palavras. São duas coisas diferentes, embora relacionadas. Para Carlos Maximiliano² “esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”

A hermenêutica pode ser considerada como um processo unitário que inclui, além da compreensão e interpretação do texto, também sua aplicação. Ao intérprete cabe a função de, quando da aplicação da lei, atualizá-la e inseri-la dentro do contexto social em que se encontra naquele instante. O Direito é uma ciência social e, sendo assim, deve evoluir junto com a sociedade sob pena de ficar perdido no tempo, se tornar uma letra morta.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

É ponto relativamente tranqüilo dentro do tema hermenêutica, que a interpretação de uma Constituição se dá através de métodos próprios e isto ocorre em face da supremacia do texto constitucional e das suas nobilíssimas funções de organizar politicamente a sociedade e garantir os direitos individuais.

A interpretação constitucional, segundo Alexandre de Moraes⁴ “apesar de espécie do gênero interpretação jurídica, dela se diferencia, principalmente, pelo objeto (status das normas constitucionais) e pelas finalidades

(atuação da Constituição, integração do ordenamento jurídico constitucional; controle formal e material das leis e atos normativos; efetivação e supremacia dos Direitos Fundamentais)

Além disso, revela o caráter específico da interpretação constitucional, a predominância de princípios, os quais possuem maior grau de abstração e generalidade, do que as regras jurídicas encontradas nos textos legais, ambas espécies do gênero norma jurídica.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios jurídicos foram progressivamente, ao longo do tempo, adquirindo “força”, passando de um ideal meramente contemplativo (fase jusnaturalista), para um caráter de subsidiariedade (fase positivista) até atingirem um status de obrigatoriedade, com a sua positivação nos textos constitucionais. (fase pós-positivista)

Não raras vezes, o intérprete da Constituição depara, ante o caso concreto, com uma colisão entre princípios constitucionais, o que representa o seu grande desafio. De fato, encontram-se entre os princípios interpretativos da Lei Maior, o da unidade da Constituição e da concordância prática ou da harmonização. Como harmonizar princípios aparentemente antagônicos ante a análise do caso concreto?

Willis Santiago Guerra Filho ⁴ ensina que “para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da

proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’.”

5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Com as considerações anteriores pode-se chegar, já neste ponto, a algumas conclusões: 1.º os princípios ínsitos na Constituição Federal possuem força normativa e são de observância obrigatória, quer para o Legislador, quer para o Administrador Público, quer para o Juiz; 2.º a Constituição, tanto por seu aspecto principiológico, quanto por suas superiores funções, há de ser interpretada de maneira peculiar, devendo ser observado sobremaneira o princípio da proporcionalidade; 3.º os princípios constitucionais possuem um aspecto de fluidez e relatividade devendo o intérprete, ante a análise do caso concreto, buscar a solução mais adequada aos ditames da Constituição.

Inocência Mártires Coelho ⁵ pondera que “o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes da constituição parece residir, de um lado e paradoxalmente, nessa riqueza de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho e resolver os eventuais conflitos entre eles, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar ou, até mesmo, dos objetivos que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, num ir e vir ou balançar de olhos

que tenha o seu eixo no valor justiça, em permanente configuração.”

Pergunta-se então: no confronto entre princípios constitucionais não existe algum critério mais ou menos objetivo que possa nortear o aplicador do Direito a fim de que este descubra efetivamente qual a “determinação” constitucional que seria cabível no caso concreto?

A resposta, ainda que procurando fugir de uma visão simplista, foi fornecida pelo próprio Poder Constituinte Originário quando trouxe em Título apartado, o primeiro Título da Constituição Federal, os chamados princípios fundamentais.

Tais princípios, dispostos ao longo de somente quatro artigos (1º ao 4º), sintetizam o próprio “espírito” da Constituição.

O Art. 1º da Lei Maior aponta os fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

O art. 2º refere-se à independência e harmonia entre os Poderes da União.

O art. 3º, por sua vez, aponta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Já no art. 4º, constam os princípios pelos quais a República Federativa do Brasil deve reger-se em suas relações internacionais.

Em outras palavras, no confronto entre princípios constitucionais deve-se buscar a solução que mais se harmonize com os princípios fundamentais previstos no Título I da Constituição Federal, especialmente dos que apontam os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Não se quer com isso dizer que os princípios fundamentais sejam superiores as demais normas constitucionais, ainda mais porque não há hierarquia entre elas, contudo, não deixa de ser um critério de interpretação que embora não fique imune a uma imensa carga de subjetividade do intérprete serve de parâmetros para sua atividade.

6 APLICAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE LEI CONSTITUCIONAL

Ao lado das três conclusões expostas logo no início do tópico anterior, pode-se chegar a uma quarta: os princípios fundamentais trazidos no Título I da Constituição Federal, especialmente os que apontam os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, servem de limites, de parâmetros, para a atividade do intérprete da Constituição

Encontra-se aqui o ponto considerado objetivo do presente trabalho.

As leis trazem consigo a presunção de constitucionalidade. Em outras palavras, a lei, enquanto expressão de parcela do poder emanado do povo, só deve ser “afastada do convívio com a sociedade” se sobejamente comprovado, em decisão – bem – fundamentada que não se compatibiliza com a Lei Maior. Por outro lado, pergunta-se: uma lei, se for constitucional, há de ser neces-

sariamente constitucional em todos os casos em que possa ser aplicada?

Trago exemplos que facilitam a compreensão da pergunta.

Há um dispositivo no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º9.503/97) assim redigido:

Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada 5 (cinco) anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização

Os artigos 135 e 136 dispõem sobre veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados e sobre veículos destinados à condução coletiva de escolares

Como sabido, não há direitos absolutos. O Estado pode, louvando-se na lei, restringir certos direitos em benefícios de outros. Sendo assim, reputando-se tal dispositivo legal acima referido como constitucional pois, em princípio, é lei que não fere padrões de proporcionalidade, no balanço entre o direito individual e o direito coletivo, inclinou-se em favor deste último, passa-se ao exemplo: um motorista “respondia” a cinco processos, três pelo crime de roubo e dois por estupro, ainda não condenado em nenhum, não possuindo profissão definida e requereu alvará para táxi, perante a autoridade competente; um outro motorista, já taxista há quatro anos, quando da renovação de seu alvará, foi verificado que “respondia” a um único processo por roubo, bastante antigo e próximo da prescrição. A autoridade municipal, com base no dispositivo legal acima referido,

indeferiu ambas as pretensões. Os dois motoristas buscaram amparo no Poder Judiciário alegando que o art. 329 do CTN feria o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal e, portanto, era inconstitucional, devendo ser determinado que o órgão de trânsito providenciasse o alvará pertinente. Pergunta-se: na análise destes casos concretos, o juiz pode entender que em uma situação a lei é aplicável e em outra, não? A decisão deve ser a mesma para ambos os casos haja vista que, em princípio, os dois se subsumem à previsão legal e, repita-se, de lei constitucional?

A resposta deve ser negativa.

Rui Barbosa já dizia que a verdadeira justiça consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Ora, no exemplo apresentado, de fato, ambos os motoristas incidem na proibição prevista no art. 329 do CTN, todavia tem-se situações absolutamente distintas. Um dos motoristas possui uma certidão de antecedentes bastante recheada, não possuindo sequer profissão definida, aparentando ser uma desnecessária exposição social autorizar que alguém com tais antecedentes seja, por exemplo, motorista de um transporte escolar. Por outro lado, o segundo motorista, reconhecido no seio social como uma pessoa trabalhadora e responsável cujo único “envolvimento” com polícia, em razões não bem esclarecidas, já se encontra distante há bastante tempo, inclusive com a próxima extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, não deveria ficar privado do alvará pertinente e de exercer sua profissão de taxista.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, já se viu acima, é construir uma sociedade livre, justa e solidária e um de seus fundamentos, os

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Sendo assim, fica evidente que privar o taxista – segundo motorista – do pretendido alvará é priva-lo de exercer sua profissão, é desprezar os valores sociais do trabalho, é deixar mais um pai de família desempregado, distanciando-se um pouco mais da almejada sociedade livre, justa e solidária.

Um outro exemplo: uma lei do Estado de Mato Grosso do Sul prevê, dentre os requisitos exigidos para o ingresso na carreira de agente da Polícia Civil, que o candidato, se do sexo masculino, possua altura mínima de 1,60 m. Em sede de recurso extraordinário (RE n.º148.095-5 MS), tal questão chegou até o Supremo Tribunal Federal e, em votação unânime, a Segunda Turma entendeu ser constitucional tal exigência, por compatível com o cargo almejado.

Pois bem. Presumindo constitucional a lei pertinente, veja-se o seguinte caso hipotético. Determinado candidato, aprovado em primeiro lugar em todas as fases do concurso público para agente da Polícia Civil, até mesmo do teste físico, quando de sua inscrição definitiva, foi, ao ser aferida sua altura, verificado que possuía 1,59m., sendo eliminado do certame pela comissão examinadora com base na lei pertinente. O candidato socorreu-se do Poder Judiciário alegando, dentre outras coisas, que era bacharel em Direito com conhecida atuação em favor dos direitos humanos e, além disso, era perito em artes marciais e no manejo de armas. Pergunta-se: neste caso, o Juiz, ainda que reputasse constitucional a lei - em tese - poderia deixar de aplicá-la tendo-a como inconstitucional no caso concreto?

A resposta pode ser dada com a resposta para esta outra pergunta: o que seria melhor para a sociedade, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que um candidato, com as características de um policial nato,

seja “desprezado” por conta de uma altura pouco inferior ao padrão legal ou, por outro lado, que tal candidato seja aproveitado? Evidente que qualquer pessoa de mediano bom senso iria se apegar à segunda opção.

7 CONCLUSÃO

Como visto, pelos exemplos acima, pode-se concluir que mesmo a lei constitucional, pode não o ser em todas as ocasiões. O Juiz, enquanto intérprete e aplicador da Constituição, deve buscar, na análise de casos concretos, a solução que mais se harmonize com o “espírito da Constituição”. Deve buscar caminhos comprometidos com a cidadania, com os direitos humanos, com o anseio social, com o bem estar comum, os quais têm na Lei Maior seu ponto de partida, como fundamento e ponto de chegada, como objetivo.

Notas:

- 1- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999
- 2- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.01
- 3- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.p.104
- 4- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. P.182
- 5- Artigo intitulado “Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional”, publicado na Revista Fórum de Direito Público

DIREITO ADQUIRIDO CONTRA AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Mariana Almeida de Sousa

Estudante de Graduação em Direito (UFC)

Sumário:

1. Considerações introdutórias
2. Há direito adquirido contra a Constituição?
3. O que é direito adquirido?
4. Algumas considerações sobre as emendas constitucionais
5. A polêmica da subsistência de direitos adquiridos frente apenas às leis ordinárias
6. A questão da consideração expressa quanto à situação das leis e das emendas
7. Conclusão
8. Bibliografia

1. Considerações introdutórias

Valmir Pontes Filho afirma que não há direito adquirido contra a Constituição.

Tal afirmação corresponde à realidade ou pelo menos ao que deveria ser a realidade?

Segundo Hans Kelsen, a Constituição é “o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano”. Concordo com tal afirmação, mas devemos atentar para a questão de ser a Carta Magna o ponto de partida da normatividade positivada, não de princípios gerais intrínsecos na escala axiológica humana.

2. Há direito adquirido contra a Constituição?

Mas, analisando essa afirmação: “não existe adquirido contra a Constituição”, é interessante levar em conta a sua relatividade, segundo Hugo de Brito Machado Segundo. De plano porque só deve cogitar de direito adquirido em face de referência expressa à produção de efeitos retroativos, por parte da norma examinada. Se a norma, mesmo constitucional, nada afirma quanto à sua eficácia retro-operante, subtede-se que sua incidência ocorrerá apenas em face de fatos ocorridos após o início de sua vigência. Tal afirmação não precisa estar consignada de modo expresse e lugar algum. A Constituição pode simplesmente silenciar, ou manifestar-se expressamente pelo respeito ao direito adquirido, como fez, por exemplo, o § 2º do artigo 41 do ADCT, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Além disso, deve-se distinguir a norma constitucional produto do poder constituinte originário, da norma constitucional oriunda do labor do poder reformador, também conhecido como Poder Constituinte Derivado. A primeira, quando afirmar de modo expresse sua própria retroação, não respeita direitos adquiridos, até porque não existem normas de hierarquia superior em face das quais sua validade pudesse ser cotejada. Já a segunda espécie de norma constitucional, elaborada conforme a Carta Política posta, submete-se às limitações formais e materiais estabelecidas pelo constituinte originário, regramentos que lhe antecedem, e que lhe são superiores. Entre esses regramentos, no caso da Constituição Brasileira de 1988, está o respeito aos direitos fundamentais, entre os quais está arrolado o direito adquirido.

Assim, e em suma, não existe direito adquirido

contra a Constituição, mas apenas se se estiver cogitando de norma nela introduzida pelo poder constituinte originário, e que afirme expressamente a inoponibilidade de direitos adquiridos às suas disposições. Em todas as demais hipóteses, especialmente em se tratando de norma veiculada pela atuação do Poder Constituinte Derivado, o respeito ao direito adquirido é medida que se impõe como condição para sua validade.

Mas nosso estudo vai tratar da questão: direito adquirido contra as emendas constitucionais, muito embora o tema mais adequado fosse “emendas constitucionais contra direitos adquiridos”, uma vez que estas, não esporadicamente, não observam direitos fundamentais, já outrora garantidos constitucionalmente. Tal fato ocasiona paradoxos, ou melhor, choques entre a Constituição Federal e suas emendas. Um notável exemplo é a emenda 47, que trata da Reforma Previdenciária.

3. O que é direito adquirido?

Vejamos, então, o que seria o direito adquirido. O artigo 5º, inciso XXXVI da

Constituição Federal prescreve que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ou seja, no título que define quais os direitos e garantias fundamentais, nós temos o direito adquirido, sendo ele, portanto, um direito fundamental, alcançado constitucionalmente.

Ainda, no § 2º do artigo 6º da LICC, lemos o seguinte: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição

preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem”.

O professor Valmir Pontes Filho assevera que todo direito que não está de acordo com a Constituição não vigora ou deixa de vigorar como norma jurídica. Sendo assim, as emendas constitucionais que não estiverem em harmonia com as normas constitucionais não podem entrar em vigor e não devem ter um mínimo de eficácia. Dr Reynaldo Porchat, em sua obra “ Da retroatividade das leis civis”, afirma:

“Direitos adquiridos são conseqüências de fatos jurídicos passados, mas conseqüências ainda não realizadas, que ainda não se tornaram de todo efetivas. Direito adquirido é, pois, todo direito fundado sobre um fato jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi feito valer”.

Conforme assevera Alexandre de Moraes, não se pode desconhecer, porém, que em nosso ordenamento positivo, inexistente definição constitucional de direito adquirido. Na realidade, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada.

Assim, o direito adquirido pode ser definido como um dos instrumentos dos quais a Constituição se utiliza com o intuito de limitar a retroatividade da lei. Ademais, a Constituição modifica-se constantemente à medida que o Estado cumpre seu papel atualizando as leis do nosso ordenamento jurídico. No entanto, utilizar a lei em caráter retroativo, não esporadicamente, pode ser deveras prejudicial porque fere situações jurídicas que já haviam sido consolidadas pelo tempo e é exatamente isso que caracteriza a segurança jurídica que favorece o indivíduo enquanto cidadão.

4. Algumas considerações sobre emendas constitucionais

Consideremos agora, de forma breve, alguns aspectos quanto às emendas Constitucionais.

Enquanto a Constituição é dotada de um órgão de elaboração que “norma sem ser normado” (Assembléia Nacional Constituinte), o órgão de elaboração da emenda constitucional é derivado daquele que elabora a Constituição, qual seja um poder reformador (Poder Constituinte Derivado).

Dessa forma, só pode normar nos termos em que pela Constituição Federal mesma já se encontra normado. Deve-se, então, atentar para a existência na própria Constituição, de um regime específico para o direito adquirido, imune à incidência das próprias emendas.

O poder de revisão por emendas é expressamente limitado, à luz do § 4º do artigo 60, da nossa Carta Magna. Assim, o poder das emendas limita-se, primordialmente, ao respeito às garantias que foram conquistadas pelos cidadãos, graças às lutas em favor do lema “Egalité, Liberté et Fraternité”. A questão não é obrigar à atual geração de perpetuar todos os ideais das gerações passadas, mas o respeito ao direito adquirido deve ser visto como uma manifestação de cidadania, como forma de garantir o respeito aos direitos individuais e coletivos, resultado do conhecimento das necessidades da sociedade, podendo esta ser representada por indivíduos que garantam a certeza do direito.

5. A polêmica da subsistência do direito adquirido frente apenas às leis ordinárias

A questão da subsistência do direito adquirido frente apenas às leis ordinárias é

Uma questão um tanto polêmica. O professor Paulo Modesto, da UFBA, afirma que o direito adquirido não é uma garantia dirigida ao poder constituinte originário ou reformador, mas garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional.

Todavia, mesmo tendo as emendas constitucionais força impositiva superior a da lei, elas não estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo já adquirido pelo respectivo titular. Dessa forma, como lei maior e suprema de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal não se pode proclamar inferior às leis infraconstitucionais e nem às emendas, uma vez que estão submissas a ela.

6. A questão da consideração expressa quanto à situação das leis e das emendas

Um outro ponto importante a ser ressaltado é o seguinte: mesmo não tendo a

Constituição proibido explicitamente as emendas de retroagirem, interditando ofensa de direito adquirido. Bem, uma vez que a Carta Magna convocou expressamente a lei ordinária para criar direitos subjetivos, não quer dizer que autorizou as emendas constitucionais de ampliar a pauta de direitos já constitucionalmente adquiridos.

As emendas são caracterizadas não pelo que

a elas é concedido legislar, mas o que há de ser considerado é a questão do que a elas é vedado, como, por exemplo, não poderem legislar sobre cláusulas pétreas, entre elas, o direito adquirido.

Assim, não é porque a Constituição faz menção às leis como fontes de obrigações que por não ter citado nada com relação às emendas que estas têm zero ou cem por cento de liberdade para legislar. Tanto é que a nossa Constituição colocou óbices ou dificuldades no processo de aprovação das emendas constitucionais, muito embora tenha este fato transformado-se em algo tão costumeiro, em especial no governo atual.

7. Conclusão

Devemos ter em mente que imutabilidade constitucional é uma tese absurda e colide com a dinâmica da sociedade. Com a abertura do conceito jurídico de reforma constitucional, dada por Rousseau, passou-se a permitir que leis fosse revogadas, desde que fosse feito com a mesma solenidade com a qual foram estabelecidas no ordenamento.

Estamos cômicos da crise política na qual se encontra a nossa Nação. Conforme o Professor Paulo Bonavides, em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, a “tragédia da organização constitucional dos países do Terceiro Mundo decorre grandemente da impossibilidade de fazer estáveis as formas democráticas da sociedade, açoitas de problemas sociais, econômicos e financeiros quase insolúveis numa estrutura de poder onde o Estado é tudo e a Nação Civil muito pouco”. Mas não é infringindo e atropelando os direitos fundamentais do cidadão, privando-

o de algo já conquistado, algo com o qual ele conta para sua proteção, que o Estado conseguirá findar ou dirimir dificuldades.

Assim, algumas emendas constitucionais podem ser, indubitavelmente, taxadas de emendas constitucionais inconstitucionais, tal qual a emenda nº41, que violou o princípio da estrita legalidade em sua dupla manifestação de segurança jurídica do contribuinte e certeza do direito ao aumentar tributo sem lei específica anterior. Tais emendas desrespeitam direitos adquiridos e maculam o ordenamento jurídico de forma pretenciosa e infame, cabendo ao Poder Legislativo repensar em formas de se auto-limitar, a fim de evitar que o princípio da confiança seja dissipado para todo o sempre.

8. Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PORCHAT, Reynaldo. Da Retroatividade das Leis Civis. São Paulo: Duprat, 1909.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2005.

A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AOS EFEITOS DA SENTENÇA EM AÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO

Cristiano Albuquerque Moraes¹

Advogado, pós-graduado em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Resumo

Interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da sentença no mandado de injunção. Garantias constitucionais. O mandado de injunção como garantia constitucional. Possíveis origens da ação constitucional. Aspectos processuais dessa ação. Objeto, requisitos, competência. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos da sentença no mandado de injunção. Princípios constitucionais materiais e norteadores da interpretação constitucional. Discussão quanto às possíveis linhas interpretativas aplicáveis à espécie. Interpretação equivocada do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Interpretação. Supremo Tribunal Federal.

Introdução

A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, tem como uma de suas principais características a busca da efetivação das normas constitucionais. E não poderia ser diferente uma vez que, ao longo da segunda metade do século XX, o que se tem visto em matéria constitucional é a prevalência da perspectiva pós-positivista¹ na busca da concretização na interpretação de suas normas. A Constituição passa de uma mera carta de

princípios e de organização estatal para instrumento de mudança da realidade social por meio da efetivação dos direitos fundamentais.

Para tanto, diversas foram as proteções aos direitos fundamentais trazidas pela Lei Maior. Enquanto que algumas, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, já figuraram em outras constituições, o mandado de injunção constitui verdadeiro avanço de luta pela concretização dos direitos constitucionais.

Avanço, porém, como se vê adiante, tornado completamente sem efetividade pela interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos da sentença no mandado de injunção. Fruto de uma concepção conservadora do direito, essa opção hermenêutica esvaziou completamente o conteúdo da garantia constitucional e desvirtuou por completo o objetivo do legislador constituinte originário e do próprio texto constitucional.

1 Das Garantias Constitucionais

É consenso entre os estudiosos da ciência jurídica que não basta a concessão de um direito, mas necessário se faz a instituição de regras destinadas a garanti-lo, em caso de violação. Para tanto surgem as garantias constitucionais. Ruy Barbosa ensinava que se devia distinguir

...no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorren-

do não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito².

As garantias dos direitos fundamentais comportam algumas distinções pela doutrina. A primeira distinção tem como objeto a natureza do direito garantido. Pode, portanto, uma garantia ser classificada como individual, coletiva, social ou política³.

A doutrina constitucional elabora também outra modalidade de classificação das garantias constitucionais.

Em primeiro, temos as garantias constitucionais gerais que se identificam com "... as instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio, com o que constituem técnicas assecuratórias de eficácias das normas conferidoras de direitos fundamentais⁴." A separação dos poderes é o princípio máximo dessa classe de garantias.

A segunda espécie são as garantias constitucionais especiais. Estas, por sua vez, destinam-se à tutela específica de determinado direito ou classe de direitos positivados no texto constitucional, limitando, para atingirem esse intento, a atuação do Poder Público ou de particulares. O mandado de injunção insere-se nessa classe de garantias.

Uma última nota acerca da distinção entre direitos e garantias. Essa distinção não os coloca em departamentos estanques, na medida em que as garantias em determinadas situações assumem contornos de direito. Isso ocorre no momento em que se impede que se lance mão de uma garantia constitucionalmente prevista para a salvaguarda de um direito, também positivado na Constituição Federal, violado.

2 Possíveis Origens do *Writ*

A origem dessa garantia constitucional é bastante controversa na doutrina, sendo que há três posicionamentos quanto aos seus antecedentes.

A primeira corrente busca no direito norte-americano, mais especificamente no *writ of injunction*, a origem de nossa ação. No ordenamento jurídico norte-americano, quando uma norma mostra-se insuficiente para solucionar um caso concreto, dentro dos parâmetros de justiça, cabe o referido *writ*. Funda-se, portanto, numa noção de equidade⁵.

A segunda corrente dirige-se a Portugal na sua busca pelas raízes históricas do mandado. O ordenamento lusitano antecipou o nosso na instituição de remédios contra a omissão legislativa do Poder Público⁶.

A terceira corrente, enfim, não identifica com nenhum ordenamento estrangeiro a nossa criação. Afirma que, dadas as peculiaridades referentes ao fundamento e objeto do nosso mandado de injunção, não é possível afirmar que nosso ordenamento bebeu dessa ou daquela fonte normativa estrangeira⁷.

3. Aspectos Processuais

Inovação constante do artigo 5º, inciso LXXI, o mandado de injunção é uma ação constitucional com natureza cível, cuja finalidade é combater a omissão do Poder Público em sua função precípua de legislar regulamentando os direitos fundamentais e as prerrogativas de cidadania, soberania e nacionalidade constitucionalmente previstas.

Seu objeto restringe-se às normas constitucionais de eficácia limitada. A omissão do Poder Público deve, necessariamente, estar inviabilizando o exercício do direito. A falta de regulamentação ensejadora de ação é somente

aquela de normas constitucionais, não se admitindo mandado de injunção com fundamento em omissão legislativa em sede de tratados internacionais ou normas infraconstitucionais.

Os requisitos de cabimento são os seguintes:

a) previsão de um direito pela Constituição; b) norma de eficácia limitada; c) ausência da norma regulamentadora; d) inviabilização dos direitos citados pelo artigo 5º, LXXI, a saber, direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania; e) existência de nexos causal entre omissão legislativa e inviabilização do exercício do direito. Atendidos os requisitos constitucionais específicos, qualquer pessoa pode propor a ação. O demandado será a autoridade do órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora⁸.

A competência originária para apreciação do *writ* será do Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses do artigo 102, I, q, da Constituição, ou seja, quando a competência para a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas casas legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Em grau recursal o Supremo, na forma do artigo 102, II, a, julga o recurso ordinário dos mandados de injunção decididos pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão.

Não cabe somente ao STF, entretanto, a competência para apreciar essa ação constitucional. Ao Superior Tribunal de Justiça, também em grau originário, nos termos do artigo 105, I, h, caberá o julgamento de mandado de injunção quando a norma regulamentadora deva ser elaborada por órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de

competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

O Tribunal Superior Eleitoral tem competência para apreciar esta ação constitucional, na forma do artigo 121, § 4º, V, quando denegatória a decisão de Tribunal Regional Federal.

Por fim, ressaltemos que, por força do artigo 105, I, h, há a competência originária nas Justiças Militar, Eleitoral, Trabalhista e Federal.

Após uma breve interpretação “kafkiana”, que entendia que o mandado de injunção precisava ser regulamentado de modo que a sua interposição deveria ser precedida de outro mandado de injunção, o entendimento foi pacificado na jurisprudência e na doutrina no sentido de que o *writ* segue, no que couber, o procedimento do mandado de segurança, até que se elabore a norma regulamentadora do seu procedimento. Isto ocorre porque não se poderia deixar de conferir aplicabilidade imediata a um dispositivo que se presta a garantir a efetividade de outros. Esse é o entendimento de José Afonso da Silva⁹

... o art. 5º, LXXI, contém uma norma constitucional que possui todos os requisitos materiais para sua incidência imediata (...) precedentes da ação direta de inconstitucionalidade e da ação popular. (...) eles demonstram que remédio constitucional algum, de natureza processual, deixa de ser aplicado por falta de regulamentação específica, pois, a ordenação processual existente sempre oferece meios procedimentais suficientes para seu processamento e julgamento.

É lamentável a mora do Poder Legislativo até mesmo na regulamentação da garantia. O que percebemos é a total ausência de vontade política no sentido de se conferir efetividade aos direitos e garantias constitucionais.

4 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre os Efeitos da Sentença no Mandado de Injunção

O mandado de injunção nº 107-3/DF tem servido de base à doutrina na elaboração de todas as análises acerca do entendimento da Corte dos efeitos da sentença. Nele surgiram duas correntes quanto aos efeitos da tutela jurisdicional a ser conferida: os concretistas – divididos em individuais diretos e intermediários – e os não- concretistas. Alexandre de Moraes relaciona, ainda, uma quarta corrente, a saber, a concretista geral¹⁰.

Os não-concretistas, em maioria à época, entendiam que se deveria preservar a independência e harmonia dos Poderes, de modo que não cabia ao Supremo dar solução ao caso concreto, exceto pela interpelação ao órgão incumbido da elaboração da norma de sua mora. Partiam do princípio de que não era dado ao Judiciário, quando da elaboração da sentença, legislar positivamente¹¹. Certamente, não levaram em conta o fato de que uma lei tem caráter geral e abstrato, enquanto que a sentença, que geraria uma solução provisória – até que se criasse uma lei regulamentando o direito - para o caso, teria caráter específico e concreto. Essa corrente era composta pelos ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Melo, Ilmar Galvão, Octávio Galotti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

A corrente concretista geral defende que o Judiciário deveria, na sentença, solucionar o caso por meio de uma normatividade geral dotada de efeitos *erga omnes*

e vigorasse até que o Legislativo expedisse a norma regulamentadora¹².

Os concretistas individuais diretos defendiam a tese que nos parece mais coerente com o objeto da norma instituidora do *writ*, qual seja: a de que a lei deveria ser concretizada para quem tinha impossibilitado o exercício dos direitos elencados no inciso LXXI do artigo 5º. Marco Aurélio de Mello notabilizou-se como o maior defensor dessa linha de pensamento¹³.

Os concretistas intermediários, encabeçados pelo ministro Néri da Silveira, em busca da conciliação dos princípios da separação de poderes e da tutela jurisdicional adequada, afirmavam que antes da concretização da norma dever-se-ia esperar um lapso temporal para que o órgão responsável suprisse o vazio legislativo¹⁴.

Desse modo, com a prevalência da corrente não-concretista, o mandado de injunção foi equiparado à inconstitucionalidade por omissão quanto aos efeitos da sentença.

Com o passar do tempo, a noção de que se deveria conferir maior importância ao princípio da tutela jurisdicional adequada foi se solidificando entre os ministros. O marco dessa mudança pode ser encontrado no Mandado de Injunção nº 283-5 que tinha por objeto a não-regulamentação do artigo 8º, § 3º, ADCT. Essa norma instituiu reparação de natureza econômica àqueles que, por intermédio de Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, foram impedidos de exercer atividades profissionais na vida civil. O prazo para a norma entrar em vigor era de doze meses contados da promulgação da Constituição. Como isso não ocorreu, interpôs-se o mandado. Decidiu o Supremo o seguinte: prazo de sessenta dias para o processo legislativo, incluindo-se, aí, a sanção presidencial; findo esse prazo sem que se fizesse a lei, que o impetrante teria

a faculdade de obter pela via processual adequada a reparação devida pela União.¹⁵ Após essa decisão, como não se legislou a respeito, outro mandado foi interposto com o mesmo conteúdo. Dessa vez, o Supremo decidiu que não era necessária nova interpelação e facultou o ingresso diretamente em juízo para obter a reparação.

Percebemos, aí, uma postura mais avançada no sentido de se desimpedir o exercício dos direitos protegidos pelo mandado de injunção. Ainda assim, somente nos casos em que a Constituição já havia determinado um prazo para a regulamentação. Nessa hipótese, o Supremo ainda remete o litigante às instâncias ordinárias para que se submeta a um novo procedimento a fim de receber o que foi determinado pelo Texto Constitucional. O que vemos é um conservadorismo deveras arraigado impedindo que se confira total efetividade ao *writ* constitucional.

5 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Tema

Quando se interpreta a Constituição, devemos ter em mente a diferente natureza das normas constitucionais em relação às normas infraconstitucionais. Quatro são as peculiaridades que distinguem as normas constitucionais das demais constantes do nosso ordenamento jurídico, a saber: superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político¹⁶.

A superioridade hierárquica, decorrente da rigidez constitucional e da distinção entre poder constituinte e poder constituído, é a característica que coloca as normas constitucionais num plano superior dentro do ordenamento jurídico subordinando o conteúdo das normas infraconstitucionais e se constituindo em seu fundamento de validade. Além de nota distintiva da norma constitucional, a superioridade goza da condição de princípio constitucional

que norteará o trabalho do intérprete-aplicador da Constituição.

Por natureza da linguagem, entenda-se a maior abertura das normas constitucionais, seu maior grau de abstração. Termos como “função social” e “eficiência” são conceitos jurídicos indeterminados e por isso a interpretação e a aplicação de dispositivos constitucionais que os contenham estarão carregadas da maior carga de subjetivismo que se pode conceber na atividade interpretativa. São hipóteses em que se faz presente a discricionariedade judicial, ou seja, casos em que a norma admite mais de uma interpretação razoável e dentro do ordenamento jurídico¹⁷.

Sendo a Constituição a síntese das forças antagônicas dentro de uma sociedade, é inevitável, na verdade, poder-se afirmá-la como inerente à natureza da Constituição a tensão entre suas normas. Nesse contexto, surge o princípio da unidade da constituição que deve servir de bússola para o intérprete quando este depara com tais conflitos. Deve, pois, o hermeneuta buscar a harmonização das tensões e contradições entre as normas tendo como base a unidade do texto constitucional.

Por meio desse princípio, devemos reconhecer a inexistência de hierarquia normativa entre normas-regra e normas-princípio, na medida em que uma não recolhe seu fundamento de validade na outra. Cada uma destas espécies de normas desempenha uma determinada função dentro da Constituição. Luís Roberto Barroso, entretanto, aponta a inexistência de uma hierarquia axiológica produto da ordenação dos valores constitucionais¹⁸. Podemos verificar esta estrutura hierárquica na eleição de determinadas normas como cláusulas pétreas na nossa Constituição.

Sendo uno o sistema constitucional, devemos interpretar cada norma integrante da Constituição em con-

sonância com o restante do sistema. Não podemos conferir uma interpretação que colida com o restante das normas, mas, por outro lado, devemos buscar um sentido no restante da Constituição que não torne sem significado a norma interpretada.

Partindo dessa idéia, na análise do posicionamento do STF no mandado de injunção, podemos perceber que a unidade do sistema em nenhum momento seria desrespeitada caso se entendesse que a sentença deveria criar a solução para o caso concreto. E assim seria porque nenhum princípio – independentemente de seu *status* axiológico dentro do sistema – pode ser entendido de forma absoluta. Desse modo, ao privilegiar o princípio da separação dos poderes, na verdade, o Supremo Tribunal Federal acabou ferindo o princípio da unidade da Constituição, pois esvaziou o conteúdo do artigo 5º, LXXI. A Constituição não pode ser interpretada contra ela mesma e foi esse o resultado da interpretação do Supremo.

O princípio da efetividade é a pedra fundamental, o marco em que se funda toda a crítica por nós expendida neste trabalho. Por meio desse conceito, entendemos que uma norma constitucional deve receber a interpretação que maior efetividade lhe proporcione. Toda norma carrega em seu núcleo uma idéia, um sentido. Essa materialidade não pode ser anulada¹⁹.

É por meio do princípio da máxima efetividade que se aproxima a norma constitucional do mundo dos fatos. Por intermédio dele é que se pode realmente concretizar a Constituição de modo que ela saia do estado de “folha de papel”, definido por Lassale, e se transforme em instrumento de conformação social, pois se, por um lado, a Constituição é reflexo das tensões e discrepâncias existentes numa sociedade, é inegável o seu caráter de agente transformador da realidade social.

É com base na idéia de efetividade que percebemos o equívoco interpretativo cometido pelos ministros da Egrégia Corte. Ao limitar os efeitos da sentença no mandado de injunção, privilegiando, assim, o princípio da separação dos poderes, o Supremo esvaziou o conteúdo do dispositivo constitucional que instituiu esta garantia. Afinal, diante da nossa realidade política – realidade essa que, obrigatoriamente, deve ser levada em consideração na atividade interpretativa – será que o Legislativo irá se mobilizar a cumprir o papel constitucional, que não vem cumprindo em razão de uma mera interpelação?

Chegamos a um princípio que se coloca na categoria de princípios constitucionais gerais. O direito de ação garante a todos os jurisdicionados o recebimento da tutela jurisdicional adequada, entendida esta como a que satisfaz eficazmente a pretensão de quem aciona o Judiciário. Nas palavras de João Paulo dos Santos Melo: “É a entrega ao cidadão do provimento jurisdicional mais adequado à situação posta em conflito, com o intuito de resolver completamente a lide²⁰.”

Sem que precisemos nos aprofundar no campo do direito processual, podemos perceber com facilidade que o entendimento de que a sentença tem o efeito declaratório de interpelar o Legislativo de sua mora vai de encontro ao significado do princípio do direito de ação. O titular que tem inviabilizado algum dos direitos elencados no artigo 5º, LXXI, não terá a sua pretensão satisfeita com essa interpelação. Até porque, se assim fosse, ele não se daria ao trabalho de acionar o Judiciário para tanto. Quem coloca em movimento o Poder Judiciário o faz para ver sanado um problema concreto. É isso que todos esperam dessa função do Poder Estatal.

Chegamos ao cerne da discussão. Afinal que princípio deveria ter sido privilegiado pelo Supremo? Ao que

parece temos um antagonismo, uma colisão, entre dois princípios constitucionais fundamentais: o princípio da separação dos poderes e o princípio do Estado Democrático de Direito. Esse confronto é apenas aparente, haja vista o princípio da unidade da constituição anteriormente referido. Devemos entender os dois princípios constitucionais fundamentais como harmônicos de modo que em cada caso um terá maior amplitude em detrimento do outro. Nenhum dos dois deve ser entendido de forma absoluta.

O princípio do Estado Democrático de Direito é produto da união de dois conceitos já consagrados na teoria política e jurídica, nos dois últimos séculos: Estado Democrático e Estado de Direito. Entretanto à união da idéia de que um Estado deve estar submetido ao “império da Constituição” ao conceito de Estado promotor da justiça social, consagrador dos direitos fundamentais e da participação popular na tomada de decisões no âmbito estatal, soma-se um novo componente: o objetivo de transformação da realidade social²¹.

O princípio do Estado Democrático de Direito, portanto, agrega tanto elementos da concepção liberal de Estado como elementos da democracia, tendo como fim maior a efetivação dos direitos fundamentais. É nesse ponto que percebemos o intuito do texto constitucional ao instituir o mandado de injunção. Não se concebe um Estado Democrático de Direito que não respeite nem garanta aos jurisdicionados o livre gozo dos direitos fundamentais. Para tanto, existem as garantias processuais constitucionais, entre elas o *writ*, objeto desse trabalho. Não se transforma uma realidade social apenas se declarando direitos e esperando que aqueles que nunca tiveram interesse nessa transformação os regulamentem. É necessário que se confira aos cidadãos instrumentos jurídicos para solucionar a falta de regulamentação de seus direitos e que funcionem

como instrumento de pressão sobre os representantes encarregados da produção normativa regulamentadora. Declarar um direito e não garanti-lo é o mesmo que não o ter instituído. Essa deveria ter sido a premissa orientadora do trabalho interpretativo dos ministros de nossa Corte Constitucional.

O princípio da separação de poderes, contribuição da teoria jusnaturalista²², surge como técnica de contenção do poder, de modo que se preservassem os direitos fundamentais civis e políticos. Consiste ele na idéia de que as funções precípua do Estado – legislar, executar e julgar – devem ser repartidas e exercidas por órgãos distintos de modo a se evitar a concentração do poder.

Funda-se no axioma de que todo poder corrompe. Para que se evite essa distorção opressora deve-se fragmentar o seu exercício e se instituir técnicas de controles recíprocos – os freios e contrapesos. É nesse ponto que reside outro pecado da linha interpretativa desenvolvida pelo Supremo. O conservadorismo turvou a visão dos ministros a tal ponto que foi esquecido que o Poder Constituinte Originário - aquele que tudo pode em matéria jurídica – excepcionou a separação dos poderes tal qual havia feito já em outros pontos do Texto Constitucional, haja vista as funções atípicas de cada Poder. Fundou o Supremo toda a sua linha interpretativa nesse princípio. E ao fazê-lo desconsiderou os princípios da unidade da constituição, da máxima efetividade das normas constitucionais, do Estado Democrático de Direito e do direito de ação. Em suma, e como já dito anteriormente, esvaziou por completo o sentido da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção, ignorando o brocardo segundo o qual “a constituição não contém palavras inúteis”.

Um último apontamento, quanto ao tema de qual

seria a mais adequada interpretação dos efeitos da sentença no mandado de injunção, é o de que a moderna hermenêutica constitucional recomenda o uso do método concretista de interpretação.

Essa alternativa à interpretação sistemática começa a ser desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial, por ocasião do julgamento dos criminosos de guerra que afirmavam em sua defesa terem executado o genocídio em estrita consonância com a legalidade. A partir daí se percebe a necessidade de se resgatar os valores ao Direito. Tempera-se o cientificismo que imperara desde o movimento das codificações ocorrido no final do século XVIII até aqueles dias e que, de certa forma, contribuiu para a barbárie em nome da lei. Surge aí o pós-positivismo e dentre as inovações, cujo desenvolvimento ainda não atingiu o seu ápice, está o método concretista de interpretação.

A Tópica pode ser mais bem definida nas palavras de Adelângela de Arruda Moura Steudel²³

Tal como concebida por Aristóteles, a tópica constitui um método ou teoria da argumentação em geral que opera por raciocínios dialéticos, que partem de opiniões verossímeis, diferentes dos raciocínios demonstrativos, que são próprios do conhecimento científico, porque partem de premissas tidas como verdadeiras e primeiras, indiscutíveis. Tópicos são os pontos de vista que permitem encontrar as conclusões dialéticas.

Partindo de um problema a ser resolvido, deve-

mos concretizar a norma aplicável, com base em uma pré-compreensão de seu conteúdo. Por meio do procedimento tópico, elegem-se pontos de vista acerca do problema, ou seja, o caso concreto é que será a premissa sobre a qual se desenvolverá o trabalho de interpretação-aplicação da norma. Não mais o sistema é o ponto de partida, não se fala em subsunção. Isto ocorre em razão do caráter prático da interpretação constitucional, assim como a estrutura normativo – material aberta, fragmentária ou indeterminada da Constituição, impõem se dê preferência à discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o sistema, o que afinal, transformaria a interpretação constitucional num processo aberto de argumentação²⁴.

Da análise do problema se elegem os *topoi*, os pontos de vista dentre os quais reside a solução mais adequada para se concretizar a Constituição²⁵. Tais pontos de vista podem estar ou não contidos no ordenamento jurídico. O que se busca é uma solução que privilegie o valor justiça, ainda que tal resposta esteja fora do sistema jurídico.

Em nosso caso, os pontos de vista seriam a concretização dos direitos fundamentais, o princípio do Estado Democrático de Direito e o princípio da separação de poderes ante o problema do impedimento de gozo de direitos fundamentais e prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania pela falta de norma regulamentadora. Não se pode preferir a concretização dos direitos fundamentais, lastreada pelo princípio do Estado Democrático de Direito, em benefício da separação de poderes.

Percebemos que independentemente da técnica hermenêutica utilizada o resultado a que se chega, neste caso, é sempre o mesmo: errou o STF ao respeitar em excesso o princípio da separação dos poderes.

6. Considerações Finais

Entendemos equivocado o Supremo Tribunal Federal no posicionamento de que a sentença no mandado de injunção tem natureza mandamental-declaratória. Acreditamos que a linha interpretativa que melhor concretiza a norma é a que, entendendo que o Constituinte excepcionou a separação de poderes, privilegia os princípios do Estado Democrático de Direito, da máxima efetividade das normas constitucionais e do direito de ação, de onde se extrai a idéia de tutela jurisdicional adequada.

Filiamo-nos à corrente concretista individual direta por acreditarmos que, não obstante uma causa política, por sua própria natureza, deva ter reservada para si tempo para se discutirem projetos, amadurecer idéias, buscar consensos, não se pode deixar o cidadão à espera, por um tempo excessivo, dessa elaboração.

Eis porque afirmamos que o Supremo, ou o Tribunal competente para a apreciação do *writ*, deveria, atendendo ao mandamento constitucional, dar a solução para o caso concreto. Solução esta que vigoraria até que fosse suprida a omissão. Esta foi a inteligência do Constituinte Originário que, levando em consideração a realidade social e política brasileira, percebeu que muitos dos direitos instituídos na Carta, por irem de encontro a grupos de interesses que gozam de influência no Legislativo, muito dificilmente receberiam a necessária regulamentação para que pudessem gerar seus efeitos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

MELO, João Paulo dos Santos. **Tutela jurisdicional adequada no mandado de injunção**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7280>>. Acesso em: 25 maio 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. **A tópica como método de interpretação constitucional aplicável a direitos e garantias fundamentais**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=33>>. Acesso em: 30 maio 2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura, **Interpretação constitucional: sistema e problema**. Disponível em: < <http://www.uepg.br/rj/a1v1at12.htm>>. Acesso em: 30 maio 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

Notas:

¹ O pós-positivismo surge na segunda metade do século XX motivado pela preocupação da comunidade jurídica, após os horrores cometidos em nome da legalidade na Segunda Guerra Mundial, em se estabelecerem parâmetros de justiça e legitimidade por meio do retorno à observância dos valores. Como não se pretendia um retorno ao jusnaturalismo, a saída foi a adoção dos princípios como normas materializadoras desses valores. É nesse contexto de juridicidade dos princípios que se desenvolve nosso trabalho. (BARROSO, 2004, p. 326).

² BARBOSA *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183.

³ Id. *Ibid.*, 1996, p. 393.

⁴ Id. *Ibid.*, 1996, p. 392.

⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 749.

⁶ Id. *Ibid.*, 2003, p. 749.

⁷ Id. *Ibid.*, 2003, p. 749.

⁸ Id. *Ibid.*, 2003, p. 750-51.

⁹ SILVA *apud* VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 261-62.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.165.

¹¹ MELO, João Paulo dos Santos. **Tutela jurisdicional adequada no mandado de injunção**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7280>>. Acesso em: 25 maio 2006.

¹² MORAES, Alexandre de., *op. cit.*, 1998, p. 165.

¹³ MELO, João Paulo dos Santos., *op. cit.*, 25 maio 2006.

¹⁴ Id. *Ibid.*, 25 maio 2006.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 264-65.

¹⁶ Id. *Ibid.*, 2004, p. 107.

¹⁷ Id. *Ibid.*, 2004, p. 107.

¹⁸ Id. *Ibid.*, 2004, p. 107.

¹⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**:

uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 280.

²⁰ MELO, João Paulo dos Santos., op. cit., 25 maio 2006.

²¹ SILVA, José Afonso da. op. cit., 1996, p. 119.

²² O jusnaturalismo por nós referido é aquela escola do direito que entende que além do ordenamento jurídico existem valores, conceitos ideais que norteiam e limitam a produção jurídica e a interpretação das normas. Livre de qualquer conotação religiosa, o jusnaturalismo é fruto do Racionalismo dos séculos XVII e XVIII e teve como apogeu e, curiosamente, motivo de decadência o movimento das codificações ocorrido no século XVIII. A necessidade de clareza, simplificação e unidade do ordenamento tinha seu fundamento no racionalismo jusnaturalista e quando essa necessidade foi atendida pela codificação, o que se viu foi o abandono daqueles valores legitimadores e limitadores da ordem jurídica. A partir da instituição dos Códigos, estes passaram a ser vistos como a única fonte do direito, sendo que tudo que não estivesse neles contido seria descartado como anticientífico. A partir daí, o direito natural é superado e perde seu lugar para o Positivismo com sua pretensão de impor cientificidade ao estudo do direito. (BARROSO, Luís Roberto., op. cit., 2004, p. 318-20).

²³ STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. **Interpretação constitucional: sistema e problema.** Disponível em: < <http://uepg.br/tj/alvlat12htm>> Acesso em 30 maio 2006.

²⁴ COELHO, 1997 *apud* OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. **A tópica como método de interpretação constitucional aplicável a direitos e garantias fundamentais.** Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=33>>. Acesso em: 30 maio 2006.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A FORMAÇÃO DO JUIZ E TRÊS MODELOS DE MAGISTRADO

Danilo Fontenele Sampaio Cunha

Juiz Federal da 11ª Vara/CE

Introdução

A Reforma do Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 sinaliza as exigências atuais e futuras do magistrado, sendo que este deve ser capaz de assegurar a todos a razoável duração do processo, implementando os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, realçando o desempenho, a produtividade, a presteza no exercício da jurisdição, a assiduidade e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento.

Percebe-se que a opção do constituinte derivado aponta para a formação ou educação continuada como meio de capacitação dos juízes e, ao mesmo tempo, sua valorização e conseqüente avaliação e aferição para promoções ou mesmo remoções.

Sabemos todos que a formação jurídica ainda é muito conservadora, atendendo a um modelo dogmático-positivista, na pressuposição de uma sociedade estável e previsível, partindo daí a dificuldade dos juízes enfrentarem as questões atuais caracterizadas como pós-positivistas, isto é, a realidade se revela muito mais complexa que o paradigma do silogismo e subsunção, sendo necessária a normatização e ponderação dos princípios para a realização da justiça.

A mera aplicação de normas, sem consciência de que em cada decisão se está reforçando ou enfraquecendo valores já há muito não é aceitável para a missão do magistrado, sendo preciso o desenvolvimento do que se

chama consciência sensível¹ na percepção e concretização dos valores constitucionais.

Verificamos, no texto de François Ost², a ponderação de 3 tipos de Juízes, ou seja, de 3 modos básicos como um Magistrado pode usar sua Autoridade para o julgamento das lides, quais sejam o juiz Júpiter, o Juiz Hércules e o Juiz Hermes e entendemos interessante trazer tais referências à discussão sendo que, ao final, deixamos algumas questões ainda em desenvolvimento e sem respostas definitivas.

1- Juiz Júpiter

Um primeiro modelo é o “Juiz Júpiter”, que adota o modelo do direito codificado, sempre linear e unidirecional, em um escalonamento de regras hierarquicamente derivadas. Este modelo tem sua base científica em Hans Kelsen³, e sua referência político-econômica liberal. Como se sabe, Kelsen, autor da obra Teoria Pura do Direito, no início do século XX, é associado à escola normativista do Direito e em toda sua obra procurou imunizar o Direito de outras ciências, fazendo sua, por assim dizer, “purificação”, em total descompromisso com a filosofia ou a moral; para tanto, utilizou a figura da norma fundamental, da qual todas as outras retirariam sua legitimidade, como que no ápice de uma pirâmide normativa a transcender e sacralizar as demais normas inferiores por força de vontade inicial imaginária que assim o quis. Aqui é a legalidade a condição necessária e suficiente para a regra, não se perquirindo nada sobre legitimidade ou efetividade.

Percebe-se, assim, clara influência do *logos* sobre o *pathos*, isto é a lógica sobrelevasse ao sentimento na percepção da realidade, com valorização da ordenação e da procura da essência, obtendo-se a Justiça quando se localizam as identidades, através do raciocínio lógico, como

ensinado por Parmênides, Descartes e Kant. O direito torna-se, assim, a ciência do direito, com forte base em procedimentos técnico-legalistas, onde o real é a exterioridade observável, assim como o fenômeno jurídico.

Tal percepção possui quatro conseqüências: o monismo jurídico (a forma dominante da lei reforça a sistematicidade e autoridade, ofuscando outros matizes do Direito), monismo político ou soberania estatal (quando aparentemente se obtém um consenso nacional traduzido pelos códigos), racionalidade dedutiva e linear (gerando uma interpretação que lida com as soluções particulares através da dedução das regras gerais) e supõe a concepção de um futuro previsível e controlável.

A esse modelo de juiz, os códigos tudo resolvem, ante a completude da lei e a plenitude do ordenamento jurídico, e o juiz é a *bouche de la loi*, sem possibilidades outras que não as ali previstas. No que diz respeito ao prisma político-econômico identificamos tal sistema jurídico com o liberalismo, no qual o Estado deve se abster de interferir na sociedade, garantindo somente condições para o desenvolvimento livre dos particulares, primando pela igualdade formal e ignorando-se as inúmeras desigualdades existentes entre os cidadãos.

Assim sendo, o “juiz Júpiter” deve ser dogmático, positivista, seguir a escola romano-germânica do Direito, considerando as regras como únicas detentoras de força cogente e não reconhecendo tal característica aos princípios.

Percebe-se, claramente, que tal modelo é insuficiente para lidar com a atual complexidade das relações e os desafios de recuperação dos fundamentos éticos do direito.

2- Juiz Hércules.

O segundo modelo, o “Juiz Hércules”, prioriza a resolução dos problemas, primando pela efetividade na aplicação dos princípios, nas hipóteses de revelação de lacunas, ou seja, vai além do juiz Júpiter e do modo positivista, identificando o Direito como meio da conquista da paz social.

Tal modelo de juiz se aproxima da *common law*, no *realismo americano* e da *sociological jurisprudence*, onde a jurisprudência é valorizada, na percepção, como Alexy⁴, de que também os princípios, e não só as regras, são normas, possuindo, pois, regras e princípios força cogente. Para tal modelo, *não há mais Direito do que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei a que cria autoridade*⁵ ou seja, a aplicação das normas no caso concreto se sobressai à generalidade e abstração da lei, na medida de nossas capacidades de percepção. Assim, *enquanto o pensamento jurídico tradicional coloca as regras como centro do sistema e crê poder deduzir mecanicamente as decisões particulares, Holmes e o movimento realista colocam as decisões judiciais no coração do sistema.*⁶

Do modelo piramidal surge o modelo funil, que da evocação do mundo surge à limitação ao caso concreto, sendo o Estado identificado como o Estado social ou assistencial do século XX.

A complexidade das causas faz com que o Juiz Hércules aplique normas com amparo nos códigos, mas também se valendo de conselhos, no pré-contencioso e adaptações segundo as circunstâncias e necessidades no pós-contencioso, sendo que a efetividade é condição necessária e suficiente para a validade do que se decidiu.

O Direito se reduz, assim, à materialidade da decisão, perdendo-se as idéias de validade e normatividade

ante o ***devir***, ou seja, o Direito existe apenas na decisão singular e, enquanto aparece, desaparece⁷.

Ocorre que a realidade é muito mais complexa da mera superposição de tais modelos, ou seja, estamos em uma época de transição com nossas heranças dos códigos e constituições, princípios e conceitos.

3- Juiz Hermes.

O modelo do “Juiz Hermes” seria aquele que, sempre em movimento, está no céu, sobre a terra e nos infernos, assegurando o preenchimento das lacunas, conectando *povos afastados*, mediando conflitos e arbitrando interesses, na forma de uma rede sempre conectada e em inter-relação, tendo por base não mais os códigos ou um processo, mas um grande banco de dados para a criação normativa como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do direito, a doutrina etc. Para o juiz desse modelo, as partes podem contribuir para o deslinde da causa, dando sua contribuição técnica, primando pelo entendimento entre todos envolvidos no problema para resolvê-lo, renunciando ao monopólio da interpretação, mas com o cuidado de não transformar o diálogo em discussão sem entendimento ou fim.

O Direito, por ser interpretado por seus destinatários, pede para ser interiorizado e aceito, sendo certo que, na medida que os sujeitos de direito o reconstroem com seus próprios entendimentos, percebe-se que o Direito é sempre inacabado e eternamente em mudança, não possuindo delineamentos precisos, o que só revela a complexidade da situação presente.

Indica François Ost alguns indícios de tais constatações: a multiplicidade dos atores jurídicos (como o juiz, o legislador, a administração estatal e os particulares,

na intensa definição das normas aplicáveis), o entrelaçamento das instituições, a multiplicação dos níveis do poder e as modalidades de ação jurídica (superando as modalidades do permitido, proibido e obrigatório, o Estado intervém na sociedade prometendo, estimulando, planejando e dissuadindo, com recomendações, pactos, declarações governamentais, etc, como a transação penal, por exemplo).

O autor coloca o Direito atual como que um *Direito líquido*, ou seja, *Um Direito que, sem cessar de ser ele mesmo, apresenta-se em certas ocasiões no estado fluido que lhe permite colocar-se nas situações mais diversas e ocupar assim suavemente todo o espaço disponível, suportando – chegando ao caso- fortes compressões*⁸, lembrando muito o conceito de **resiliência**, ou seja, propriedade pela qual a energia armazenada em um corpo deformado é devolvida quando cessa a tensão causadora duma deformação elástica, noção também usada em psicologia.

Ao afirmar que *Antes de ser regra e instituição, o Direito é logos, discurso, significado em suspenso. Articula-se entre as coisas: entre a regra (que não é inteiramente normativa) e o fato (que não é nunca inteiramente fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça. Dialético, é ele um pelo o outro; paradoxo é ele um e o outro*, apresenta o autor sua teoria lúdica do Direito⁹, afirmando cinco idéias básicas, quais sejam:

- a) o jogo tem seu próprio movimento, personagens e linguagem
- b) o jogo, por ser um jogo de sociedade, aceita um número indefinido de jogadores de diferentes matizes, o que ocasiona mudanças das jogadas e das próprias regras, não possuindo nenhum deles qualquer hierarquia

- c) O jogo tem natureza mista, combinando a regra e o acaso, a convenção e a invenção, a abertura e o fechamento, ou seja, uma parte de regra e outra de improvisação.
- d) Permite distinguir o pólo simbólico – o do jogo como representação - e o pólo utilitarista – o do jogo como estratégia
- e) Situa a distinção entre o interior e o exterior, o limite do jogo e do “fora do jogo”, apesar de serem posições reversíveis e dinâmicas.

No que diz respeito à dimensão ética percebe-se que tal concepção traz ganhos à legitimidade procedimental do Direito, ante a discussão pública sem coação para a resolução dos conflitos, valorizando a tolerância, a negociação argumentativa e a auto-regulação através do diálogo, tal como previsto na Comissão e na Corte Europeia de Direitos do Homem, sem esquecer o respeito aos procedimentos e aos direitos fundamentais. Outrossim, a concepção do modelo de Hermes pressupõe o reconhecimento de que o homem não é apenas sujeito de Direito, mas também titular de responsabilidades, daí sua responsabilidade coletiva, superando reivindicações individualistas, advindo às idéias de fraternidade. Tal percepção influencia o juiz Hermes no sentido de que suas decisões podem ter influencia global, muito além da escala familiar ou local de antigamente.

Para agir com tanta responsabilidade, resta ao Juiz Hermes agir com prudência e, na dúvida, deve se abster, pelo menos até ponderar muito bem o caso.

4- Questões ainda em desenvolvimento:

Partindo do exposto, temos ainda vários questionamentos sobre o modo de atuar do juiz e dos

aplicadores do direito em geral, com especial destaque para o Ministério Público, tais como:

4.1- Estimular a tolerância é tolerar tudo?

Sabe-se que a tolerância¹⁰ é uma espécie de sabedoria oposta ao fanatismo e fundamentalismo (na dimensão religiosa) e ao totalitarismo (na dimensão de Estado ou de Governo), existindo algo de prontidão e atividade, vez que ser tolerante não é ser passivo, mas combater qualquer forma de opressão ou discriminação. Quem se acha possuidor da verdade (se é que ela existe), sempre termina sendo intolerante em aceitar outros posicionamentos, se fechando a escuta de tudo que apresente diferente ou incompreensível ao seu esquema conceitual de fala e ação. Surge, então, um importante questionamento: a tolerância deve ter limites ou não? Para alguns, como José Saramago, a tolerância pára no limiar do crime. Nesse sentido, não se pode ser tolerante para com a tortura, o estupro, a pedofilia, a escravidão, o narcotráfico, o terrorismo, a guerra, até porque se fosse levada ao extremo a tolerância acabaria por negar a si mesma, vez que não teria proteção nem preservação.

4.2- O instituto do “amicus curiae”, previsto nas leis regedoras do controle concentrado de constitucionalidade evidencia bem o modo de atuação do “juiz Hermes?” Como fazer com que tal fenômeno ocorra em outras hipóteses?

O *amicus curiae* introduziu significativa modificação na jurisdição e no processo constitucional brasileiro, ocasionando inédito alargamento da legitimidade para participar e interpretar a Constituição nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, abrindo espaço para as associações de magistrados, de advogados, de membros do Ministério Público, das

entidades do movimento social, comunidades étnicas e raciais, comunidades e entidades religiosas, ONGs, órgãos e entidades governamentais requererem ingresso nos processos em que se discute a constitucionalidade de leis e atos governamentais que ameacem ou violem os interesses e direitos coletivos dos grupos que representam, bem como os direitos difusos.

O *Amicus Curiae* é, assim, instituto novo no cenário jurídico brasileiro, introduzido formalmente no direito positivo brasileiro com a edição da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, lei regulamentadora do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Assim, se é certo que não há impedimento para que tal instituto possa ser aplicado subsidiariamente no controle de constitucionalidade concentrado nos Tribunais de Justiça Estadual, pergunta-se se não seria o caso da adoção nas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público ou nas ações populares, ante a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

4.3- Existe, por assim dizer, a figura do “Ministério Público Hermes”, ou seja, aquele que, ao invés de ajuizar uma ação civil pública, de tudo faz para estabelecer um bom termo de ajustamento de conduta, no molde da lei 7.347/85?

4.4- Como interpretar a Carta Maior sem ter a autoridade única do Estado para tanto e conjugar o interesse público na concreção dos preceitos constitucionais vez que, como se sabe, toda compreensão é circunstancial (temporal, intencional e histórica) ?

4.5- Existe a chamada “interpretação viva” da Constituição,

quando os diversos setores sociais seriam levados em conta? E, se existe, como é que ocorre na implementação das políticas públicas?

Sabe-se que a definição de capacidade governativa compreende a capacidade de um sistema político de produzir políticas públicas que resolvam os problemas da sociedade, ou seja, diz-se que um sistema político é dotado de capacidade governativa se for capaz de: (i) identificar problemas da sociedade e formular políticas públicas, isto é, oferecer soluções; e (ii) implementar as políticas formuladas, mobilizando para isso meios e recursos políticos, organizacionais e financeiros necessários.

Assim, a formulação bem-sucedida de políticas públicas depende, de um lado, da capacidade do governo convencer os integrantes do Poder Legislativo da importância dos projetos apresentados e, de outro capacidade financeira, instrumental e operacional do Estado. Ademais, a construção de tal capacidade governativa de forma mais ou menos democrática fica caracterizada pelos mecanismos e formas que assumem as instâncias da política na interação do Estado com a sociedade, com especial destaque para a maior ou menor inclusão de grupos sociais afetados pelas políticas governamentais. Pergunta-se, pois, se tal percepção é realmente exercitada pelos nossos governantes.

4.6- O juiz, a opinião pública e liberdade de julgamento.

Uma questão muito polêmica diz respeito à liberdade de julgamento do magistrado, sua sedução pela opinião pública e o comprometimento mínimo com a legislação.

Na **personalidade do juiz** é que está o único perigo no exercício do Direito, mas também na mesma se

encerra a garantia real da verdadeira justiça.

Observe-se que o movimento do Direito Livre autorizava o aplicador do direito a não examinar as fraquezas das normas e desdenhava tirar das mesmas algo de estável, útil ou construtor, o que ensejava assumir o julgador a posição de dizer o direito conforme suas próprias convicções, seria, por assim dizer, substituir a lei (vontade geral) pelo juiz (critério individual).

Creemos que o juiz pode e deve expressar seu comprometimento com os valores constitucionalmente postos, mas deve fazê-lo, no dizer de Gèny, “através dos Códigos” e não “apesar dos Códigos”, isto é, deve o julgador encontrar na interpretação da legislação a aplicação dos princípios constitucionais, não se deixando levar inconseqüentemente pela voz rouca das ruas, assumindo posições populistas, sendo certo que se é verdade que da opinião pública podemos colher flores, também é certo que podemos colher tempestades.

Assim, como juiz, devo unir meus conhecimentos técnicos com a sensibilidade oriunda da própria vivência do Direito, respeitando as formações pessoais dos envolvidos diretamente com a causa pendente de julgamento, ciente de minhas limitações e consciente que *“tanto posso saber o que ainda não sei como posso saber melhor o que já sei. E saberei tanto melhor e mais autenticamente quanto mais eficazmente construa minha autonomia em respeito à dos outros”*.¹¹, mas sempre consciente do comprometimento ético com os princípios constitucionais e do exemplo que devo dar aos jurisdicionados, aos estagiários, funcionários e a todos, agindo como elemento dinâmico da sociedade e colaborando para uma maior efetivação do princípio democrático.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. ***Teoría de los derechos fundamentales***. Madrid. Editora Centro de estudios políticos y constitucionales, 2.002;
- FREIRE, Paulo - ***Pedagogia da Autonomia- saberes necessários à prática educativa***. Editora Paz e Terra., 3ª edição. São Paulo-SP
- NALINI, José Renato - ***A Formação do Juiz após a emenda à Constituição nº 45/04***, Revista da Escola Nacional da Magistratura- Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano, I, nº 01, abril de 2006.
- KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. 3º ed. Tradução Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, 1974

Notas:

¹ Ver José Renato Nalini in *A Formação do Juiz após a emenda à Constituição nº 45/04*, Revista da Escola Nacional da Magistratura- Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano, I, nº 01, abril de 2006, p.20.

² - Ost, François. (1996), no artigo Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, in Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía Del derecho – Universidad de Alicante, nº 14, 1993. Primeira publicação “ Jupiter, Hercules, Hèrmes: Trois Modelés du Juge” , in P. Bouretz (org.), *La Force du Droit*. Paris, Esprit.

³ - Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3º ed. Tradução Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, 1974;

⁴ -Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid. Editora Centro de estudios políticos y constitucionales, 2.002;

⁵ texto de François Ost, ob.cit.p.170- nossa tradução.

⁶ texto de François Ost. ob.cit.p.177 – nossa tradução.

⁷ Heráclito afirma o devir como a própria transformação, contrária à noção fixa de identidade, na percepção de que um ser nasce e morre a cada dia e nada existe ou subsiste fora da mudança, ou seja, quando o direito se faz, já deixa de ser, vez que imediatamente se transforma, em eterno devir, nos colocando na posição de sempre buscarmos nos reconstruir.

⁸ ob.cit.p.187.

⁹ ob.cit. p.187.

¹⁰ Aliás, em termos de cultura, é certo se falar em tolerância ou é melhor tratar-se de respeito?

¹¹ Paulo Freire, in *Pedagogia da Autonomia- saberes necessários à prática educativa*. Editora Paz e Terra., 3ª edição. São Paulo-SP.p. 106.

A FREQUÊNCIA E APROVEITAMENTO EM CURSOS OFICIAIS OU RECONHECIDOS DE APERFEIÇOAMENTO COMO CRITÉRIO OBJETIVO NA PROMOÇÃO DE MAGISTRADO POR MERECIMENTO

Marcelo Lima Guerra

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP
Professor da Graduação e do Curso de Mestrado
da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
Juiz do Trabalho Substituto do TRT-7ª Região

SUMÁRIO: 1. Introdução: complementando a reforma do Judiciário pela via hermenêutica. 2. A ambigüidade da maioria das expressões que compõem o art. 93., II, c, da CF: impossibilidade de se atribuir um sentido literal a este dispositivo. 3. Do “sentido quase literal” ao sentido global do dispositivo em tela. 4. Primeiro argumento: a intenção do legislador constituinte em promover a formação e o aprimoramento constantes do Magistrado. 5. Segundo argumento: uma primeira hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo. 6. Terceiro argumento: uma segunda hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo. 7. A produção de textos acadêmicos como inequívoca forma de aprimoramento do Magistrado. 8. O significado global do art. 93, II, c, da CF como conceito *necessariamente* aberto. 9. Dificuldade (ineliminável) na aplicação deste conceito: alguns critérios norteadores. 10. A pontuação das diversas atividades de aprimoramento do Magistrado: critérios quantitativos e qualitativos. 11. Conclusão.

RESUMO: A reforma do Judiciário trouxe inovações importantes, a exigir dos intérpretes a atenção devida, de modo a se extrair de suas respectivas normas, como de qualquer outra norma constitucional, a *máxima eficácia possível*. O presente trabalho destina-se a oferecer uma interpretação racional da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, utilizada no art. 93, II, c, da CF para fixar critério objetivo de promoção por merecimento de Magistrado. A tese aqui defendida é que a tal expressão deve ser atribuído um sentido suficientemente amplo, de modo a abranger todas as atividades que efetivamente promovam o aprimoramento do Magistrado.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Judiciário. Promoção por merecimento. Critério objetivo. Frequência e aproveitamento em curso. Interpretação racional.

1. Introdução: complementando a reforma do Judiciário pela via hermenêutica.

A reforma do Judiciário tem sido considerada por muitos *tímida*, no sentido de não ter implementado as modificações devidas e há muito esperadas. No entanto, pelo menos em alguns aspectos, essa suposta “timidez” pode ser atribuída ao *texto das normas constitucionais* – ou pelo menos às normas que dele se venham a extrair com maior apego do intérprete ao sentido literal das expressões lingüísticas ali ocorrentes. Dessa forma, se não for “tímido” também o intérprete, será possível realizar, pela via hermenêutica, muitos dos avanços esperados tomando – como deve ser e sempre tem ocorrido – o texto constitucional de alguns dispositivos referentes à reforma do Poder Judiciário como *ponto de partida* e agregando dados

contextuais fornecidos pela realidade, por outras normas do ordenamento e pelas possíveis conseqüências práticas de se extrair dali uma ou outra norma. Dito de outro modo, é possível extrair normas bem mais eficazes como sentido veiculado pelos dispositivos constitucionais diretamente referentes à Reforma do Poder Judiciário, agregando os necessários e corretos elementos contextuais, àqueles puramente semânticos fornecidos pelo sentido convencional (ou literal) das expressões lingüísticas de que tais dispositivos são compostos.¹

No presente estudo, procurar-se-á demonstrar isso, argumentando pela atribuição de sentido à (complexa) expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, ocorrente em dispositivo relativo à promoção por merecimento, de modo a extrair norma bem mais ampla, bem mais eficaz e adequada à realidade – embora, impõe-se reconhecer, de aplicação bem mais difícil, a exigir redobrada ponderação do aplicador – do que aquela que resultaria de um excessivo e irracional apego do intérprete ao (*suposto*) teor literal dessas expressões, ainda mais quando, como se vai demonstrar, não há clareza nem univocidade na maioria das expressões mais simples que compõem a referida expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’.²

2. A ambigüidade da maioria das expressões que compõem o art. 93, II, c, da CF: impossibilidade de se atribuir um sentido literal a este dispositivo.

Com efeito, cumpre advertir para questões de extrema dificuldade e relevância na interpretação do texto constitucional sob exame. É que as expressões ‘curso oficial’ e [curso] ‘reconhecido’ suscitam graves problemas, já que

quanto a elas não se pode identificar, na realidade, qual o seu *sentido convencional ou puramente lingüístico*.³ O que é um *curso oficial*, ou melhor *o que* ou *quem* confere o caráter de *oficialidade* a determinado curso? Em segundo lugar – e aqui se trata apenas de uma duplicação das mesmas questões para o outro termo –, o que é um “curso reconhecido”, ou melhor *quem está autorizado a reconhecer determinado curso*?

Da mesma forma, embora ‘freqüência’ e ‘aproveitamento’ quando utilizadas associadas a cursos de qualquer natureza (de modo a formar a expressão composta ‘freqüência e aproveitamento em curso’) pareçam ser expressões de significado mais definido, também não estão isentas de certa ambigüidade e vagueza. Com efeito, haverá uma “freqüência mínima” e qual será (deve ser) ela (50% a 75%?)? Em que consistirá, precisamente, o ‘aproveitamento’? Mais importante ainda: qual será o método de aferição dele? Será possível, por exemplo, que o critério de aproveitamento possa ser reduzido a “freqüência 100%”?⁴

São questões incômodas, mas se o objetivo é fazer nascer uma nova Magistratura, utilizando como ferramenta a compreensão dos dispositivos constitucionais relativos a ela, não podem ser negligenciadas, embora devam ser tratadas aos poucos e por vários intérpretes e pontos de vista. E o mínimo que se pode fazer, no sentido de não negligenciar tais questões, é reconhecer que à expressão (composta) ‘freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ *não se pode, rigorosamente, falar de um sentido literal* que ela possua. Assim, o mais correto (e mais honesto, a seguir os cânones mínimos de uma interpretação que se pretenda racional) seria falar em um sentido “intuitivo” e “quase literal” dessa expressão. Um sentido que seria obtido com uma solução “intuitiva” e, portanto, não demonstrada racionalmen-

te ser a mais correta, das questões apontadas, relativas ao sentido a ser atribuído às expressões ‘curso oficial’, ‘[curso] reconhecido’, ‘frequência [em curso]’ e ‘aproveitamento [em curso]’. Como exemplo deste sentido, pode-se indicar algo como “frequência [de no mínimo 50%] e aproveitamento [aferível por aprovação em algum método de avaliação] em curso oficial [promovido por Escola de Órgão Jurisdicional] ou reconhecido [pelo Órgão Jurisdicional perante o qual tramita o processo de promoção por merecimento e/ou por órgãos do poder Executivo com função específica para *reconhecer normativamente cursos*, por exemplo, o MEC] de aperfeiçoamento [no sentido estrito do termo, enquanto modalidade de pós-graduação *lato sensu*].⁵

3. Do “sentido quase literal” ao sentido global do dispositivo em tela.

Como se vê, um tal sentido atribuível à expressão em tela está longe de ser legitimamente considerado seu *sentido literal*, por mais intuitivas e razoáveis que pareçam as soluções propostas (melhor dizer, *impostas*, já que desprovidas de adequada justificativa para serem adotadas) como sentido a atribuir a cada uma das (ambíguas) expressões mais simples (‘curso oficial’, ‘reconhecido’, ‘frequência’ e ‘aproveitamento’). Como quer que seja, é qualquer coisa próxima a esse sentido que se vai referir aqui como “sentido quase literal” da expressão em análise (‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’). Isso se faz necessário porque, embora extremamente relevantes as questões apontadas quanto ao sentido a ser atribuído a cada uma das expressões mais simples ocorrentes no dispositivo constitucional em tela, elas não serão aqui tratadas. Ao contrário, a estratégia a ser perseguida no presente estudo é a

tentativa de atribuir um sentido global à expressão composta ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’, sem resolver as questões pontuais sobre o sentido que se deve racionalmente atribuir a cada uma de suas expressões mais simples. Dessa forma, tomar-se-á esse “sentido quase literal” como ponto de partida e, demonstrando a sua insuficiência, quando confrontado com outros elementos do ordenamento jurídico e da realidade fática, sustentar, à luz de argumentos explícitos, um sentido global à expressão ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’ como a solução mais racional.

Em síntese, procurar-se-á demonstrar que à expressão textual ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, ocorrente no dispositivo constitucional em exame, se há de atribuir, como sentido, um conceito suficientemente aberto para incluir as várias formas, métodos e atividades que, de fato, *efetivamente promovam o aperfeiçoamento e o aprimoramento do Magistrado* para melhor exercer as funções inerentes ao respectivo cargo.

4. Primeiro argumento: a intenção do legislador constituinte em promover a formação e o aprimoramento constantes do Magistrado.

Nessa ordem, parece inquestionável que o legislador constituinte, ao incluir a participação em “cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” como critério a ser computado em promoção por merecimento, teve a intenção de estimular o constante aprimoramento do Magistrado. Isso nada mais é do que se curvar à realidade de que o exercício adequado da função jurisdicional – a qual se articula numa série de atividades a exigir do Magistrado

um volume (e uma qualidade) cada vez maior e heterogêneo de conhecimentos e informações – requer dele, Magistrado, um *constante aperfeiçoamento*. Nessa perspectiva, vale mesmo a advertência de que o modo de organização do Poder Judiciário nacional, visto sob a perspectiva epistemológica correta, ainda é *insuficiente*, em razão de não haver uma *genuína imposição* ao Magistrado de buscar um constante aperfeiçoamento, por qualquer via que seja.⁶

Com efeito, em suporte ao reconhecimento dessa inequívoca intenção do legislador constituinte de ter considerado essencial o aprimoramento e a formação constantes do Magistrado, adotando a “frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (o que quer que tal expressão signifique) como critério objetivo a ser computado em promoções por merecimento, está o próprio fato do legislador constituinte haver também previsto, como um dos *princípios* que norteará a elaboração do Estatuto da Magistratura – vale dizer, de modo imperativo, porém através de norma programática – que constituirá “etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados” (CF, art. 93, IV).

Acertadas essas premissas, que se revelam irrefutáveis, não há como não concluir que a norma (*rectius*: o *texto*) constitucional ao estabelecer como critério a ser computado na promoção por merecimento a “frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”, *dixit minus quam voluit*. Com efeito, à luz do dado contextual já apontado e de outros a serem extraídos da própria realidade, como se verá, talvez não seja nem necessário recorrer aos modernos métodos da hermenêutica especificamente constitucional para reconhecer que ao empregar a expressão ‘frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos’, principalmente

compreendida naquele seu “sentido quase literal”, a norma constitucional veiculada pelo art. 93, II, c, da CF pode ser tida, quando muito, como estabelecendo critério *mínimo* a orientar a avaliação do aprimoramento do Magistrado, em processo de promoção por merecimento. Jamais tal expressão pode ser interpretada, atribuindo-lhe aquele “sentido quase literal”, como indicando o *único fator* ou *atividade de aprimoramento* do Magistrado, que possa e deva ser computado, numa decisão sobre promoção por merecimento.⁷

Dito de outro modo, o texto constitucional em tela não pode ser interpretado de tal forma a dele se extrair uma norma que exclua a possibilidade de cômputo de outras formas ou outros métodos de aperfeiçoamento do Magistrado. Ao contrário, dele se deve extrair norma que admita serem computados, para fins de promoção por merecimento, *quaisquer métodos* de que se valha o Magistrado para obter aperfeiçoamento e aprimoramento em suas aptidões para o exercício da função jurisdicional, desde que tais métodos revelem, à luz da razoabilidade, o efetivo aperfeiçoamento e aprimoramento deste mesmo Magistrado. Eis o sentido global à expressão ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’ que se está defendendo no presente estudo.

5. Segundo argumento: uma primeira hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo.

Para oferecer uma justificativa racional em defesa dessa interpretação, convém iniciar com um exemplo quase banal de como o intérprete não pode restringir-se ao (suposto e, na verdade, inexistente) teor literal do texto constitucional em tela, pois isso implicaria em atribuir ao mesmo texto constitucional, como seu sentido, norma que se revela

incoerente com outros valores e em choque com a realidade dos fatos. Como se disse, da expressão composta sob análise, a única expressão mais simples que a integra e é dotada de sentido convencional – pelo menos no contexto específico da legislação federal relativa ao ensino superior – é aquela correspondente a ‘curso de aperfeiçoamento’. Assim, apegando-se ao teor literal da expressão sob exame, a frequência e aproveitamento do Magistrado em um curso, mesmo que “oficial” ou “reconhecido” (quaisquer que sejam os sentidos atribuídos às respectivas expressões) de *Especialização*, de *Mestrado* ou de *Doutorado* estariam fora da hipótese legal, não podendo ser computados para fins de promoção por merecimento, o que resultaria em uma norma inteiramente absurda e incoerente com a manifesta intenção do legislador constituinte de *valorizar* o constante aprimoramento do Magistrado.

Em primeiro lugar, trata-se de extrema incoerência (a exigir uma forte razão para justificá-la) o intérprete ir além do teor literal de quase todas as expressões simples que compõem a complexa expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ (teor literal este que rigorosamente sequer *existe*, dada a extrema ambigüidade e vagueza da maior parte dessas expressões, o que significa, como se viu, atribuir-lhes, arbitrariamente, um entre vários sentidos possíveis), para depois se limitar ao teor literal de apenas uma delas, a saber ‘curso de aperfeiçoamento’.

Ademais, e o que é mais importante, isso resultaria em norma inteiramente absurda e irracional. Como justificar que, em nome do mero “respeito” ao teor literal de apenas uma das expressões constitutivas daquela expressão complexa ora sob análise, extraia-se hipótese legal que autorizaria apenas o cômputo da atividade de pós-graduação de menor valor acadêmico, excluindo aquelas outras que lhe são reconhecidamente bastante superiores, tanto pelo grau

de aprofundamento, quanto pelas maiores e mais rigorosas exigências para sua conclusão? Ora, se se admite que a frequência e aproveitamento (qualquer que seja o sentido atribuído a tais expressões) em *curso de aperfeiçoamento* promove o aprimoramento do Magistrado e, por isso, deve ser computada como critério objetivo para sua promoção por merecimento, é absolutamente imperioso, sob pena de se cometer grave incoerência e irracionalidade – ambas inaceitáveis no ordenamento, sobretudo o constitucional, em nome da *unidade da Constituição* – reconhecer que a frequência e aproveitamento em cursos de Mestrado e Doutorado igualmente promovem o aprimoramento do Magistrado – ou melhor, promovem um aprimoramento *ainda maior do que aquele decorrente de participação em mero curso de aperfeiçoamento* – em razão do que também *devem ser computadas como critério objetivo para sua promoção por merecimento*. Eis, portanto, uma primeira justificativa racional para a adoção de um sentido global à expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ diverso daquele aqui referido como “sentido quase literal” desta expressão, e que corresponda a uma hipótese legal suficientemente aberta, a permitir que nela venha a se subsumir *qualquer atividade que promova o efetivo aprimoramento do Magistrado*, tais como, no presente exemplo, a participação em cursos de Mestrado e Doutorado.

6. Terceiro argumento: uma segunda hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo.

Nessa mesma linha, ainda se pode apontar como justificativa racional para a adoção deste sentido global, outro exemplo quase banal de como o intérprete não pode

restringir-se a qualquer outro similar ao “sentido quase literal” da expressão em exame, o que implicaria, mais uma vez, em atribuir ao mesmo texto constitucional, como seu sentido, norma que se revela incoerente com outros valores e em choque com a realidade dos fatos. Com efeito, esse “sentido quase literal” da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ parece constituir-se, sempre segundo essa atitude “intuitiva” (a qual, no presente contexto, nada mais é do que uma atitude *irracional*, na qual se atribui sentido a expressões ambíguas sem a devida justificativa racional), em hipótese legal na qual só se possa subsumir a participação nesses “cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (em qualquer sentido que isso venha a ser compreendido) na condição de *aluno*, mas não naquela de *professor* ou mesmo *conferencista* ou *palestrante*. Essa interpretação da expressão sob exame, também se traduz, de maneira quase banal, em atribuir-lhe como sentido uma norma inteiramente irracional, pois contrária à realidade empírica e à própria inequívoca intenção do legislador constituinte na adoção deste critério objetivo de promoção por merecimento.

Para justificar esse entendimento, nem é necessário muito esforço. Seja recordado que, entre as aptidões mais relevantes (mas não a única, como agora já se começa a perceber) que o Magistrado deve possuir para o exercício adequado das funções que lhe são atribuídas, está aquela que se pode referir, genericamente, como o “conhecimento do direito”. É fato absolutamente integrante da experiência ordinária, compartilhada por todos aqueles que se dedicam ao estudo e ao ensino mais aprofundados do Direito, que a oportunidade de lecionar determinada matéria é um dos métodos mais eficazes, quando aproveitada com seriedade tal oportunidade, para efetivamente promover o aprendizado e o domínio de tal matéria ou ponto lecionado. Daí porque

seria um total contra-senso, a resultar em algo verdadeiramente absurdo, interpretar a expressão ‘freqüência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’, de modo a dela extrair hipótese (conceito) legal na qual não se possa subsumir a participação do Magistrado, *mesmo em curso que corresponda ao teor (quase) literal da referida expressão*, na qualidade de professor ou palestrante. Ora, seria admitir o absurdo que aquele Magistrado que, de um ponto de vista substancial e não formal, chega a se aperfeiçoar ainda mais e de maneira qualificada, preparando-se e ministrando aulas em tais cursos, não tenha essa participação computada, enquanto a tenha aquele Magistrado – que pode ser até seu concorrente numa promoção por merecimento – que tenha se limitado a freqüentar e ser aprovado no mesmo curso.⁸

7. A produção de textos acadêmicos como inequívoca forma de aprimoramento do Magistrado.

Pela mesma linha de raciocínio, conjugando dados da experiência ordinária sobre o aprendizado e a aquisição de “conhecimentos sobre o direito”, naquilo que ela tem de mais legítimo, com o dado correspondente à intenção do Constituinte ao adotar, com a norma veiculada pelo art. 93, II, c, da CF, critério objetivo de promoção por merecimento, impõe-se reconhecer a existência de outra via, outro caminho para o aperfeiçoamento do magistrado. Tal atividade de aprimoramento não pode, por uma questão de racionalidade, deixar de ser computada como critério para aquela promoção, apesar de também consistir em situação inteiramente não enquadrável na hipótese legal constituída pelo tão criticado “sentido quase literal” do texto constitucional em comento. Trata-se da atividade de produzir textos acadêmicos, os quais nada mais são do que resultado de

genuíno estudo e pesquisa, a revelar inequívoco aprimoramento do Magistrado. Ora, como é igualmente notório, a produção de textos acadêmicos também é um dos mais eficazes – se não for o mais eficaz de todos – métodos de aquisição de conhecimento sobre os fenômenos jurídicos, desde que, obviamente, seja bem aproveitada tal atividade. Dessa forma, justifica-se o sentido global atribuído à expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, por permitir a subsunção na respectiva hipótese legal – e, conseqüentemente, o cômputo em processo de promoção por merecimento – desta atividade que produz um indiscutível aprimoramento do Magistrado para o exercício das suas funções, consistente na elaboração de um escrito jurídico, seja, um livro, um artigo para periódico, um capítulo de livro em obra coletiva, uma monografia, uma dissertação de mestrado ou uma tese de doutorado.

8. O significado global do art. 93, II, c, da CF como conceito *necessariamente* aberto

Por tudo isso, estando demonstrado que o *aperfeiçoamento* do Magistrado – pelo menos naquela que é uma de suas principais aptidões necessárias ao exercício de suas funções, a saber, o *conhecimento do direito* – pode ser obtido por inúmeras vias e não apenas através da hipótese que resultaria do apontado “sentido quase literal” da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, resta também justificada, pelas razões explicitadas, a opção por atribuir a esta mesma expressão, como seu sentido global, o conceito de “*atividade de aprimoramento do Magistrado*”, como conceito suficientemente aberto para incluir todas as hipóteses apontadas.

9. Dificuldade (ineliminável) na aplicação deste conceito: alguns critérios norteadores.

Há de se reconhecer, todavia, a extrema dificuldade de se formular juízos objetivos sobre isso⁹. Afinal, há professores medíocres (que desaprendem mais do que ensinam), há os escritos medíocres e sem nenhum valor, os quais não só não revelam aperfeiçoamento do Magistrado que se empenhou em tais atividades, mas, ao contrário, demonstram a sua *necessidade de se aperfeiçoar*, de aprender mesmo. Como quer que seja, atribuindo-se à expressão textual ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido’, ocorrente no dispositivo constitucional em exame – como seu sentido mais razoável – um conceito suficientemente aberto para incluir os vários métodos e atividades que a realidade empírica revela serem efetivamente hábeis a promover o aperfeiçoamento e o aprimoramento do Magistrado, ou melhor, daquele que ocupa o cargo de magistrado, para melhor exercer as funções inerentes a tal cargo, tal conceito, como qualquer outro conceito legal, dividirá o universo de aplicabilidade do conceito em questão em três zonas: a zona de clara aplicação, a zona de clara não aplicação e a zona de penumbra.¹⁰ Essa, como se sabe, é uma característica ineliminável da linguagem natural, em geral, e da linguagem jurídica, em particular. Enfim, a dificuldade na aplicação do conceito aqui proposto traduz-se, rigorosamente, em reconhecer a existência de uma larga zona de penumbra.

No entanto, é possível estabelecer critérios que podem servir, ao menos, para evitar um juízo inteiramente subjetivo na avaliação dessas atividades, assegurando um mínimo de razoável objetividade na avaliação de situações que se situem nessa *zona de penumbra*. Nesse sentido, o melhor que se pode fazer – numa perspectiva inteiramente

abstrata, como a de um escrito como o presente – é procurar apontar casos que se situam *na zona clara de aplicação* e aqueles que se situam *na zona clara de não aplicação* do conceito aqui proposto, como meio que minimamente proporcione alguma delimitação à referida zona de penumbra.

Assim, quanto à participação, quer como aluno, quer como docente, em cursos de Mestrado e de Doutorado são casos claros de aplicação do conceito legal, ao lado daqueles cursos promovidos pelas Escolas Nacionais e Regionais da Magistratura. Mais especificamente no que diz com a atividade docente, além dessas indicadas, também constituem casos situados na *zona clara de aplicação* do conceito em tela, a atuação do Magistrado em Instituição de Ensino Superior cujo ingresso tenha como requisito concurso público de provas e títulos, e que seja plenamente reconhecida tanto pelos órgãos oficiais do Poder Executivo (MEC) e/ou pela comunidade em geral, podendo mesmo se prescindir, quanto a este último caso, do requisito do prévio concurso público. Assim, a atividade docente exercida por Magistrado em notória Universidade européia ou em Harvard ou Yale – o que normalmente ocorre, pela natural incompatibilidade de funções, com relação a Magistrados, por períodos breves e mediante simples convite – seria um exemplo de atividade em Instituições que não têm o reconhecimento de órgãos do Poder Executivo (brasileiro) e nem exigem, como se disse, prévio concurso (no caso de Magistrado brasileiro, obviamente). O reconhecimento e notoriedade de sua excelência pela comunidade em geral, todavia, permite enquadrar essa mesma atividade docente do Magistrado junto a tais Instituições como inserida na zona clara de aplicação. Todos esses, enfim, são exemplos de casos claros (ou situados na *zona clara*) de aplicação do conceito proposto como sentido global da expressão

‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’.

No outro extremo, há de se apontar, como casos claros de *não-aplicação* do referido conceito, ou seja, casos situados na *zona clara de não aplicação do mesmo conceito*, a participação do Magistrado, como aluno ou professor, nos famosos e proliferantes “cursinhos para concursos”.

Já no que diz respeito aos escritos, um primeiro critério a ser adotado, num juízo de valor sobre os mesmos, seria a quantidade de *citações* que esse mesmo livro ou artigo recebe em obras doutrinárias (ou mesmo em sentenças). Trata-se de uma importante (talvez a única) forma de avaliar, com *certa objetividade*, o reconhecimento de valor à publicação de obras, sobretudo obras monográficas, com as quais o autor, ao contrário de quanto ocorre com manuais e outros escritos do gênero, procura dar uma contribuição própria à ciência jurídica. Já no que diz com artigos publicados em periódicos, a seriedade do veículo, reconhecido no meio acadêmico, é ponto que conta¹¹. No entanto, há de se reconhecer a ausência total (até onde eu saiba) da adoção do sistema *peer review* nos periódicos jurídicos nacionais, já adotado há muito tempo nos periódicos de outras áreas, e mesmo na área jurídica, em outros países. Segundo tal sistema, a publicação de artigo em determinado periódico está sujeito a um juízo *anônimo* por uma comissão de profissionais de notório saber. Dessa forma, a publicação de artigo em periódico sujeito ao sistema do *peer review* tem valor muito superior àquela que se pode obter por “amizade” ou outros motivos que não seja o reconhecimento da qualidade do trabalho. Como quer que seja, ambos os casos se situam na zona clara de aplicação do conceito de “atividade de aprimoramento do Magistrado”.

Simetricamente, pode-se dizer que a publicação

de textos puramente literários, tais como romances, novelas, crônicas e poesias, situam-se na zona clara de não aplicação do conceito em tela, assim como obras que, mesmo dirigidas ao público jurídico, são evidentemente desprovidas de conteúdo que denota *aquisição de conhecimento por parte do Magistrado* que as tenha produzido, por exemplo, obras sobre “como passar em concursos”, obras de cunho biográfico sobre juristas e outras similares.

Como se vê, resta ainda uma larga zona de penumbra, na qual se situa uma grande quantidade de atividades cujo enquadramento, quer na zona clara de aplicação, quer na zona clara de não aplicação, é duvidoso. Aqui, há de se curvar à realidade, desde Hart evidenciada com a maestria peculiar ao filósofo britânico, que será impossível eliminar tal zona de penumbra. Aqui, outra solução não há do que confiar na prudência, no senso de justiça daqueles que decidirão se esta ou aquela atividade há de ser computada para fins de promoção por merecimento, bem como na poderosa ferramenta (ainda que insuficiente para eliminar de todo a subjetividade resultante da própria existência desta zona de penumbra em todo conceito legal) que é um modelo mínimo de decisão racional.¹²

10. A pontuação das diversas atividades de aprimoramento do Magistrado: critérios quantitativos e qualitativos.

Finalmente, cumpre abordar outro grupo de questões relacionadas ao conceito legal aqui proposto como sentido mais racional da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’. Tratam-se das questões relativas à pontuação a ser atribuída a cada uma dessas atividades. Com efeito, não apenas várias são as atividades de aperfeiçoamento de um

Magistrado que devem ser levadas em consideração como critério em promoção por merecimento, mas, justamente por isso, todas elas devem sujeitar-se a pontuações diversas, as quais parece conveniente que sejam obtidas com a adoção conjugada de dois critérios distintos: um que se pode denominar “*critério quantitativo*” e outro que se pode denominar “*critério qualitativo*”.

O que aqui se denomina “critério quantitativo” diz respeito à tentativa de estabelecer uma certa “mensuração” do aproveitamento obtido com a respectiva atividade do Magistrado. Assim, segundo tal critério quantitativo, um curso de aperfeiçoamento com carga horária maior há de prevalecer sobre aquele de carga menor; um curso de mestrado há de prevalecer sobre o de especialização ou aperfeiçoamento (*stricto sensu*); um curso de doutorado sobre um de mestrado; a participação como professor prevalece sobre a de aluno (ao menos sendo idênticas as cargas horárias) e assim sucessivamente.

Por outro lado, impõe-se reconhecer a necessidade de se adotar, conjuntamente, outro critério, tornando mais justa e racional a pontuação, relacionado ao que se pode denominar “pertinência temática” da atividade de aprimoramento. Tal critério, aqui denominado de *critério qualitativo*, baseia-se em algo que se pode denominar “pertinência temática”, e consiste em se aferir a maior ou menor correlação entre o aprimoramento adquirido pelo Magistrado em determinada matéria e a natureza específica do conhecimento (ou aptidões em geral) necessária ao exercício das funções jurisdicionais que lhe cabe exercer.

Com efeito, a correlação entre a natureza do conhecimento jurídico, cuja aquisição caracteriza-se como atividade de aperfeiçoamento do Magistrado, e a natureza dos conhecimentos específicos exigidos para o exercício das funções jurisdicionais pelo mesmo Magistrado não pode

deixar de ser levada em consideração, no momento de se pontuar, em processo de promoção, as diversas atividades de aprimoramento do Magistrado. Não se pode, todavia, deixar de registrar que, dada a intensa interpolação de conhecimentos exigidos para o exercício da função jurisdicional, em qualquer “repartição de competência em razão da matéria”, torna muito difícil deixar de atribuir alguma pontuação, mesmo à aquisição de conhecimentos muito diversos, pelo menos aparentemente, àqueles necessários para o exercício de funções jurisdicionais delimitadas em razão da matéria.

Como quer que seja, apenas para dar um exemplo óbvio de como seria aplicado esse critério qualitativo, um Magistrado trabalhista que participar em curso (como aluno ou professor) de *Direito do Trabalho* ou de *Direito Processual do Trabalho* ou *Direito Processual Civil* deveria ter uma pontuação bem maior do que aquela a ser atribuída a um Magistrado trabalhista que tenha participado em curso sobre *tráfico internacional*, por exemplo, dada a maior “pertinência temática” dos primeiros cursos apontados, à função específica desempenhada pelo Magistrado.

11. Conclusão.

Vê-se, portanto, que há um amplo espectro de questões a serem enfrentadas e resolvidas para a correta interpretação do texto constitucional em exame, na perspectiva da aplicação da norma a ser dali extraída. O que não se pode, contudo, perder de vista jamais, e que deve servir como bússola no enfrentamento de tais questões é o seguinte:

- i) várias são as atividades do Magistrado que devem ser computadas em promoção por merecimento, em razão de lhe proporcio-

- narem efetivo aprimoramento para o exercício de duas funções;
- ii) todas essas atividades devem sujeitar-se a pontuações diversas, as quais variarão em duas direções distintas, mas conjugadas: aquela da aplicação de *critério quantitativo* e aquela relacionada à aplicação de *critério qualitativo*.

Notas:

¹ Desde logo, seja advertido que aqui se adota uma concepção da ontologia da norma – em parte já conhecida na doutrina brasileira, sob a distinção entre norma e texto – segundo a qual a norma é sentido que se atribui ao *ato (de fala) que um legislador racional teria querido praticar com o proferimento das expressões que compõem determinado texto normativo*, sentido este que é determinado tomando-se como mero *input* ou ponto de partida, o sentido puramente lingüístico (convencional, semântico ou literal, a depender do léxico adotado) das expressões que integram o texto a ser interpretado e, necessariamente, *elementos contextuais de várias ordens*. A necessidade de se incorporar elementos contextuais na determinação do sentido que a norma é, se demonstra assim: mesmo quando o sentido que se considere correto atribuir ao *ato (de fala) que um legislador racional teria querido praticar com o proferimento das expressões que compõem determinado texto normativo, se resume ao sentido literal ou convencional dessas expressões, esse é um dado que não está expresso em nenhuma expressão lingüística, ou seja, deve ser sempre determinado, também, com base em elementos contextuais*. Essa concepção da norma surge do encontro de dois elementos: da trivial distinção entre norma e texto (a qual, embora trivial, tem sido negligenciada por séculos de doutrina jurídica) e daquelas idéias ou correntes em filosofia da linguagem que podem ser genericamente referidas como *contextualismo*. Sobre tais concepções, vale conferir, Sobre isso, cf. GUERRA, Marcelo Lima. Norma: uma entidade semântica. In MACEDO, Dimas (org.), *Filosofia e Constituição – Estudos em Homenagem a Raimundo Bezerra Falcão*, pp. 80-83; GUERRA, Marcelo Lima. Norma, texto e a metáfora da moldura em Kelsen, in *Revista dos Tribunais* (no prelo). Especificamente sobre o *contextualismo*, cf., por todos, RECANATI, François. *Literal Meaning*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004, *passim*,

especialmente, capítulos 6 (“From Literalism to Contextualism”), pp. 83-97, e 7 (“Contextualism: How Far We Can Go”), pp. 131-153.

- ² Impende fazer uma devida delimitação do tema do presente estudo. É que a expressão, objeto da presente análise, é quase idêntica (por compartilharem algumas expressões mais simples) a outra ocorrente em contexto distinto, a saber, em dispositivo que trata de critérios para o *processo de vitaliciamento* (CF, art. 93, IV), no qual também o respectivo texto constitucional adota as expressões “curso oficial ou reconhecido (...) de formação e aperfeiçoamento”. De antemão, por se tratar de dois contextos distintos, já se está autorizado a não pressupor que o sentido que se venha atribuir a essa expressão, em um dispositivo, interfira necessariamente na atribuição de sentido ao outro. Parfraseando a conhecida e antiga máxima (que reproduz intuitivamente noções aqui incorporadas) “a mínima alteração do contexto (“fatos”, na máxima tradicional), a máxima alteração do sentido (“direito”, na mesma máxima)”. Com isso, resta delimitada a tarefa do presente escrito à atribuição de sentido à expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ para o fim específico de determinar a norma que se extrai do art. 93, II, c, da CF, ou seja, enquanto critério fixado por essa norma a ser computado em promoção por merecimento de Magistrado.
- ³ Esse problema é muito mais comum do que se imagina, na ciência jurídica, embora seja sistematicamente negligenciado. É muito freqüente o uso de expressões, em textos jurídicos, que simplesmente *não são dotadas de nenhum sentido convencional, ou que tal sentido, quando muito, é já construído por aproximação*. Só isso já serve para combater seriamente qualquer entendimento que negue foros de cidadania ao contextualismo na construção de uma *ontologia jurídica*, coerente com o correto funcionamento da linguagem.
- ⁴ Vale advertir que, talvez, a única expressão que possa ser considerada como dotada de um sentido convencional unívoco é ‘curso de aperfeiçoamento’. Nas legislações federais sobre o ensino, ‘curso de aperfeiçoamento’ é expressão utilizada para se referir a um certo formato de curso de pós-graduação *lato sensu*, ao lado de outro formato denominado ‘curso de especialização’.
- ⁵ Desnecessário advertir que o quanto aparece entre colchetes é o “enriquecimento” do texto constitucional, consistente na escolha de uma entre várias opções de sentido possíveis a cada uma das expressões.
- ⁶ Aqui seja permitida uma crítica, cujas razões serão aprofundadas em outro estudo. O constante aperfeiçoamento do Magistrado deveria ser uma *imposição institucionalizada*, e não apenas uma *faculdade* do Magistrado que

pretenda obter promoções por merecimento. Não condiz com o perfil atual das funções jurisdicionais aquele Magistrado que se limita a obter aprovação em processo seletivo, e não procura se aperfeiçoar de nenhuma forma.

⁷ Parece clara a intenção do legislador constituinte em estabelecer, com a expressão ora sob análise, um critério de *fácil aferição objetiva* na promoção por merecimento. No entanto, vale insistir que qualquer objetividade e facilidade no uso de critério que teria sido instituído com tal expressão – ‘frequência e aproveitamento em curso oficial e reconhecido de aperfeiçoamento’ – não passa de mera “ilusão gramatical”, de mera suposição, por todas as dificuldades apontadas e por aquelas ainda por apontar no presente estudo.

⁸ Mais cedo ou mais tarde, os Magistrados empenhados nessas questões terão que enfrentar dois sérios problemas: (1) a *pedagogia jurídica* é área que se pode considerar praticamente inexistente; (2) uma das inúmeras implicações disso é a total inexistência de objetividade tanto nos métodos mais adequados para permitir a aquisição de conhecimento jurídico, como também – e o que é mais importante no contexto do presente escrito – na objetividade dos métodos de avaliação. Nesse terreno, é imperioso admitir que se não formos todos, a imensa maioria dos professores de direito somos meros “empiristas” nesta atividade, numa posição, portanto, que mais se assemelha, comparativamente, ao mestre de obras do que ao do engenheiro. Claro que assim como há mestre de obras mais competentes do que certos engenheiros, há professores (e os melhores, que tive o privilégio de conhecer, realmente nunca o fizeram) que nunca abriram um livro de pedagogia (nem cursaram aquelas obrigatórias e normalmente tediosas aulas de “metodologia do ensino”), mais competentes do que um professor de direito que tenha se doutorado em Pedagogia, por exemplo. Isso, contudo, não retira o valor e a necessidade de uma reflexão sistemática – aquela que dá lugar ao nascimento de um novo ramo do saber – sobre o ensino do direito.

⁹ Isso, contudo, não pode servir como justificativa para excluir uma interpretação da expressão em tela que permita o cômputo dessas atividades. Fosse isso assim, deveriam ser excluídas do ordenamento jurídico todas as normas compostas por conceitos de difícil aplicação, quer dizer, que para decidir sobre a subsunção ou não neles de determinada situação concreta, seja necessária a realização de juízo de valor, cuja objetividade é sempre difícil, quando não de todo impossível.

¹⁰ Sobre essa característica ineliminável da linguagem natural, da qual a jurídica é apenas uma espécie particular, confira, por todos, HART, Herbert L. R. *Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste

Gulbenkian, 1986, pp. 137-149.

- ¹¹ É notório que a publicação em periódicos de grande circulação e destaque nacional, como a Revista Forense, a Revista dos Tribunais, a Revista da LTr, a RePro (Revista de Processo) e outras, é resultado de uma criteriosa crítica por parte de seus respectivos conselhos editoriais, mesmo que tais periódicos não adotem o sistema do *peer review*.
- ¹² Sobre tal modelo, cf. GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In FUX, Luiz, NERY JR., Nelson e ARRUDAALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, pp. 517-541 e a bibliografia aí indicada.

A EFETIVIDADE DO PROCESSO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS CÍVEIS

Tathiane Loiola Martins

Advogada

Especialista em Direito Processual Civil
pela Escola Superior da Magistratura-ESMEC

INTRODUÇÃO

Com a realização deste trabalho, pretendemos proporcionar aos estudiosos do Direito Processual Civil um direcionamento sobre a importância da criação da lei dos Juizados Especiais, enfatizando a finalidade do processo, que é alcançar o bem da vida, valorizando o princípio da instrumentalidade das formas como elemento essencial para a recuperação da confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário.

O que se exige nesse processo, como expressão da garantia constitucional de acesso às decisões do Poder Judiciário, é que o resultado obtido com ele seja efetivo, no sentido de que atenda, no mundo real, exatamente aquilo que o provimento jurisdicional determinou. A criação dos Juizados Especiais Cíveis veio, e muito, a contribuir com essa realidade.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não somente possibilita o acesso à justiça, mas também assegura a garantia de termos à realização da prestação pretendida em um menor tempo possível, o suficiente para o desenrolar dos atos necessários para cada procedimento. Não podemos olvidar a reforma constitucional que tivemos com a EC/45, sendo incluído em seu art.5º, o inciso LXXVII, que esboça o direito fundamental da razoável duração do processo, seja no âmbito administrativo ou judi-

ciário.

No primeiro capítulo analisa-se a questão dos Juizados Especiais invocando sua evolução em atendimento aos elementos da função jurisdicional e do contexto de justiça, bem como sua evolução no Estado brasileiro, indicando suas peculiaridades em atendimento às necessidades de uma maior efetividade de forma de jurisdição.

No segundo capítulo foi feito um estudo comparativo das relações processuais entre os Juizados especiais e a Justiça comum, numa abordagem com o elemento tempo e o acesso ao Judiciário.

No terceiro e último capítulo, discorre-se sobre a segurança jurídica e o princípio da instrumentalidade das formas nos Juizados Especiais e os fatores de atendimento à efetividade dessas espécies de processos.

Em todos os capítulos verifica-se a importância dessa justiça especializada que rompe com a justiça tradicional, tornando-se uma justiça para leigos, na justiça de bairro, visando resolver os litígios da forma mais equânime, haja vista a existência da fase conciliatória, tão enfatizada, a qual foi atribuída não só ao juiz de direito, mas também ao juiz leigo e ao auxiliar da justiça, o conciliador.

Os Juizados Especiais trouxeram, e sem sombra de dúvida trarão, maior efetividade ao processo e abrirão novos rumos na celeridade da justiça e no seu acesso. Sua criação foi de grande importância para o nosso direito.

No pertinente à metodologia, mostrou-se como a melhor opção da nossa parte a inserção de notas e referências bibliográficas no corpo da pesquisa, com anotação precisa da fonte de onde as citações foram extraídas, constando no final do trabalho a relação de toda a bibliografia consultada.

1 JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUA EVOLUÇÃO

1.1 A função jurisdicional e a justiça

O escopo magno da função jurisdicional é a pacificação social, com a distribuição da justiça. Essa pacificação resta, seriamente, comprometida com o tempo que o Estado gasta com a cognição e a execução de suas demandas. Isso poderia representar a própria permanência do conflito na função jurisdicional, e permitir que o titular do direito subjetivo lançasse mão de sua própria força para conseguir o direito tão postergado no tempo, tornando a justiça tardia numa verdadeira injustiça.

Somente quando os romanos atingiram seu mais adiantado grau de cultura, ao alcançar o estágio de plenitude de seu florescimento, conseguiram expressar-se na criação de conceitos abstratos, formulando regras de hermenêutica, sob a dominação do elemento lógico, e assestou, então, que a interpretação é algo mais do que conhecimento literal da linguagem da lei, por envolver também a perquirição da sua força e da sua vontade.

Hoje, sabemos que o bom aplicador do Direito entre a norma fria da lei e a justiça, deverá optar pela segunda. Procurar justiça nas decisões é fundamental, assim como o fim social a que a norma se destina.

A justiça é o próprio substrato que as pessoas encontram no Estado, quando profere suas decisões. Daí Ihering (1982: p.82) diz que:

No sentimento sadio e forte de justiça de cada um, encontra o Estado a fonte mais fecunda da própria força, a garantia mais segura da própria duração dentro e fora do país. O senso de justiça é a raiz da grande árvore

re; se a raiz não vingar, se secar nas pedras e na areia árida, tudo o mais não passa de ilusão – quando vem a tempestade, a árvore inteira será desenraizada.

O senso de justiça e a função jurisdicional se completam diante da convalidação da atividade estatal do Judiciário e principalmente no âmbito dos Juizados Especiais, em que a equidade é prevista de forma expressa. Assim, Dinamarco (2003, p. 364) afirma que:

Todo esse empenho em extrair justiça das atividades desenvolvidas no processo está manifesto em disposição explícita da lei dos Juizados Especiais, onde se diz que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”. Tal colocação, reflexo evidente de norma contida na lei de Introdução ao Código Civil, seria vazia de objetivos, não fosse a sensível preocupação em lembrar ao juiz o seu solene compromisso com a justiça conclamá-lo a proferir decisões justas, sem formalismos ou comodismos.

1.2 Evolução histórica dos juizados

Analisando a evolução histórica dos Juizados Especiais observamos que a conciliação tem bases bíblicas quando no livro de Mateus (Cap. 6:9) diz: *Bem aventurados os pacificadores, porque eles serão chamados filhos de Deus.* De forma que a conciliação é o elemento precursor

para os Juizados Especiais.

Além dessa previsão, podemos citar que os romanos distinguiam a categoria de *conciliatrix* às senhoras que se incumbiam de reunir os esposos separados.

Assim, nesse esboço da história, de caráter conciliatório, estavam sempre presentes os elementos de renúncia, de reconhecimento e de transação, desse período até se chegar à era das Ordenações, com a recomendação do apaziguamento, objetivando a composição justa, livremente aceita pelos interessados.

Na França, em 1790 foram criados os Juizes de Paz, de forma que nenhuma ação principal seria recebida, sem antes o certificado de haver-se juntado previamente a conciliação perante os Juizes de Paz.

Data de 1827, quando as Ordenações Filipinas criaram os Juizes de Paz, em que estes assumem competência para conciliação entre as partes, pretendendo demandar por todos os meios pacíficos que estivessem ao seu alcance, mandando lavrar termo da conciliação obtida, que era assinado pelas partes e pelo escrivão.

Em 1896, Lorenzo Scamuzzi, escritor italiano, dizia que a conciliação remontava aos primórdios da vida do homem em sociedade, sendo coetânea da própria humanidade, alcançando destaque no período do cristianismo, reconhecendo o direito dos bispos quanto à solução das controvérsias dos fiéis, em matéria cível, como conciliadores ou árbitros.

Nos Estados Unidos, em 1912, alguns estados instituíram a *Poor Man's Court*¹. Em 1934, aparece em Nova Iorque as *Small Claims Courts*, destinadas a julgar causas com valor inferior a cinquenta dólares.

Em seguida, nos Estados Unidos, em Nova Iorque, os Juizados de Pequenas Causas surgiram em 1944, com o objetivo de julgar causas de reduzido valor econômico,

utilizando-se de critérios em razão da matéria, do valor e da pessoa.

Hoje, o sistema está praticamente acolhido nos Estados Unidos, com o propósito de descongestionar a Justiça, merecendo especial destaque a experiência de Nova Iorque, em esforço intencionalmente reconhecido, com centenas de advogados atuando como árbitros, sem qualquer remuneração, em processos de até cinco mil dólares.

Em Nova Iorque, pessoas jurídicas também podem ser autoras nos Juizados, ao contrário do que acontece na maioria dos demais Estados, onde a legitimidade ativa é reservada somente a pessoas físicas.

A experiência também tem sido praticada na Alemanha, no México, no Japão e na Argentina, bem como na Itália e em Portugal, em matéria criminal.

Os norte-americanos, como precursores dos Juizados Especiais propriamente ditos, criaram o termo genérico *alternative dispute resolution*, mundialmente conhecido como *ADR*, para abranger os mecanismos que se propõem a contornar tais disfunções, de uma maneira mais informal, rápida, consensual e menos onerosa.

Almejando prestigiar a autonomia da vontade das partes e a efetividade do processo, a aplicação da *ADR* nos Estados Unidos tem-se dado, praticamente, em todos os campos do Direito, com maior destaque em lides de natureza comercial, trabalhista e de família.

1.3 Os juizados especiais no Brasil

A Constituição Brasileira de 1824 estabelecia em seu art. 161: Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum. Já em seu art. 162 constava: para este fim, haverá Juizes de Paz..., regulada em 1827, por lei imperial onde estabelecia em seu art. 5º: a competência do Juiz de Paz: Compete ao

Juiz de Paz conciliar as partes que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos que estiverem ao seu alcance.

No Brasil em 1829, o legislador imperial editou um decreto, em que continha a seguinte textuação: *Os termos de conciliação, quando esta se verificar, terão força de sentença.*

A Constituição Federal de 1967 fez previsão sobre os Juizados de Pequenas causas, com a finalidade de instruir e de decidir as questões de reduzido valor econômico.

Em 1984, a Lei n.º 7.244 regulou os Juizados de Pequenas Causas Cíveis, que tinham como finalidade as causas cíveis de até 20 vezes o salário mínimo vigente no país, apesar dos advogados terem resistido, ante a facultatividade de representação por advogado.

O resultado da valorativa experiência dos Juizados de Pequenas Causas deu ensejo a previsão dos Juizados Especiais Cíveis na Constituição Federal, no inciso I, do art. 98, determinando a criação destes Juizados competentes para a conciliação para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimos permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de Juízes de Primeiro Grau.

No entanto, somente sete anos após a promulgação da Constituição atual sobreveio a Lei Federal n.º. 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispondo sobre os Juizados Cíveis e Criminais e determinando sua instalação, no prazo de seis meses, a contar de 26 de novembro daquele ano.

A referida lei dos Juizados adotou esse nome, Juizados Especiais, propositadamente, numa tentativa de mudança, de acelerar a prestação jurisdicional devida, tor-

nando-a especial.

Os Juizados Especiais Cíveis tem natureza opcional na busca da solução de conflitos gerados, já que o autor pode optar por ele, Juizados, sujeitando-se às suas regras, como a limitação recursal e as intervenções de terceiros ou pelo formalismo da Justiça Comum.

1.4 Princípios regedores dos Juizados Especiais

Apesar do legislador usar a expressão critérios orientadores dos Juizados Especiais, constatamos a existência de verdadeiros princípios.

Os princípios sejam explícitos, sejam implícitos, temos que reconhecer que se colocam em posição de primazia diante das demais normas constitucionais ou subconstitucionais, funcionando como prescrições básicas, dotadas de enorme generalidade, vinculando o entendimento e a aplicação das demais normas jurídicas, inclusive das inseridas no texto supremo.

Celso Mello (2000, p.59) define princípio jurídico como sendo:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definição lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Assim, os são os princípios que regem as relações processuais no âmbito dos Juizados.

Como princípios orientadores do Juizado Especial Cível temos: a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, visando

sempre que possível a conciliação ou a transação. Com exceção do princípio da simplicidade, a lei prevê os mesmos princípios para o Juizado Especial Criminal.

1.5 Os Julgados nos Juizados Especiais e sua execução

Nos termos do Código de Processo Civil atual, as sentenças condenatórias são praticamente ineficazes, quando o condenado desobedece a uma delas, não recebendo qualquer sanção.

A desobediência obriga o credor da condenação a propor nova ação contra o recalcitrante. Pior, ainda é que se admite sentença condenatória ilíquida, em que o juiz condena, mas não diz o valor a ser pago. Quando isso ocorre, o credor é obrigado a propor ação de liquidação. Tanta complicação obriga a parte vitoriosa a ingressar com três processos, antes de obter a satisfação do seu direito. No aspecto executivo, a lei dos Juizados deve ser seguida por outras leis vindouras que tentem simplificar o processo de execução e a demora que essa fase causa.

Nesse rumo, temos o Anteprojeto de lei relativo ao cumprimento de sentenças cíveis. É tempo, agora, de passarmos do pensamento à ação, em tema de melhoria dos procedimentos executivos.

Tanto na esfera civil como na penal, a execução representa o cumprimento de um acordo, judicial ou extrajudicial, ou de uma *sentença judicial*, que passa a ser uma obrigação daquele que assumiu o compromisso, ou tem o dever de cumpri-la.

Devemos observar na demanda a competência para a execução. Na justiça comum há um órgão executivo especial, encarregado, exclusivamente, das execuções. Ao contrário, nos Juizados Especiais a execução de sentença processar-se-á no próprio Juizado, o que não era previsto

na Lei n.7.244/84, mas que passou a ser exigido por determinação do *Conselho Supervisor* e, agora, por expressa disposição de lei. Aplicam-se na execução da sentença as disposições do Código de Processo Civil, no que compatível, explicita a lei (art. 52, caput).

Todos os títulos extrajudiciais poderão ser executados no Juizado Especial, desde que com valor até sessenta vezes o salário mínimo, devido à interpretação extensiva dada à lei, pela recente lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis Lei n.º 10.259/01.

Todavia, a limitação até sessenta vezes o salário mínimo não impede que se execute título de maior valor, aplicando-se o disposto no art. 3º, § 3º. Verifica-se que a opção pelo procedimento da lei especial importa renúncia ao que for excedente ao limite estabelecido.

Nos Juizados, a sentença condenatória deverá ser estabelecida em quantia líquida, ainda que o pedido seja genérico (art. 38, parágrafo único), fazendo supor que a maioria das execuções será por importância líquida, iniciando-se pela penhora e não havendo necessidade de liquidação. O direito, e não a sentença, pode ser líquido ou ilíquido, apesar da classificação adotada pela lei. A decisão deverá determinar a medida que a execução pode ensejar.

Ainda quanto à liquidez, é importante recordar com Cândido Dinamarco (1987, p.277):

O direito a que se refere o há de ter por objeto uma quantidade determinada de bens (ou ao menos determinável). Logicamente, como acima já se advertiu, tal requisito destina-se apenas aos títulos que tem por conteúdo um direito de crédito. Tratando-se de outros direitos, não tem cabimento essa qualificação de liquidez, sendo que, então, o

predicado da certeza do direito cumpre por si só toda a tarefa de lhe fixar precisamente os contornos. É quando, por exemplo, o título se refere especificamente a uma dada casa, a um dado automóvel etc.: nada mais há a individualizar.

Na esfera civil tem sido alto o índice de inadimplentes, não só na justiça comum, como também na esfera do Juizado, pois a parte condenada, ou mesmo a que faz acordo, deixa de cumprir sua obrigação ou não dispõe de bens que garantam possível execução. Cumpre salientar que, não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos a pedido do autor.

Não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensando nova citação.

A intimação da sentença já é para que se cumpra a decisão tão logo ocorra seu trânsito em julgado, não se permite um lapso a mediar os processos. Situação semelhante, *mutatis mutandis*, há na intimação da penhora na execução por quantia certa. Esta é realizada no processo de execução, podendo ensejar outro, o de embargos. Não se permitindo esse lapso justamente para garantir a efetividade da justiça e a desformalização do processo.

2 TEMPO X PROCESSO: um estudo comparativo com a lei dos Juizados Especiais

En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia (COUTURE, 1945, p.37)

O processo contemporâneo está preso a um dilema terrível: a demora. Sua própria ontologia aponta que o processo é, em síntese, um conjunto de atos destinados a solução dos litígios e para praticar esses conjuntos de atos leva-se um certo tempo.

A imediatidade do mundo pós-moderno contribui para o descrédito do processo como forma de composição de conflitos, pois, de forma ontológica, precisa do fator tempo para cumprir seu desiderato.

A tensão principal do processo se trava entre o tempo e a justiça. Ao passo em que há o inevitável transcurso do tempo para que o Estado produza sua decisão, existe a outra parte que sofre com a angústia da espera.

A intolerável duração do processo comum constitui um enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva, os seus compromissos institucionais. Tem esse fato preocupado a sociedade e o judiciário. Por isso, essa questão tem sido examinada de forma interdisciplinar por juristas e sociólogos de vários segmentos.

Tucci (1997, p.89) nos fala sobre o fator tempo: *O tempo excessivo em qualquer ordem jurídica democrática, é um inimigo que, sem trégua, conspira contra a tempestividade da tutela jurisdicional.*

Dessa forma, o procedimento dos Juizados Especiais, de cunho comunitário e teoricamente célere, veio como elemento de prestígio ao fator tempo, numa válida tentativa de diminuir a *via crucis* processual.

2.1 Direito ao tempo justo

O direito ao processo sem dilações indevidas é um corolário do princípio do devido processo legal e vem assegurado expressamente pela Constituição Federal no seu art.º 5, §1.º, podendo gerar para o Estado uma responsabilidade pelos danos causados a quem espera pela tutela

jurisdicional.

Por exemplo, a não implementação ou lentidão excessiva na criação das novas unidades jurisdicionais importarão em incostitucionalidade por omissão. Os indicativos também apontam os Juizados, provalvemente, como o último baluarte para a proteção dos interesses da grande massa populacional.

2.2 O Acesso à justiça e os Juizados Especiais

Antes da criação dos Juizados Especiais, a sociedade, muitas vezes, deixava de propor uma ação por não acreditar na Justiça, devido o excesso de formalismo e a morosidade, bem como algumas vezes desistiam para evitar o pagamento de custas processuais e o pagamento de honorários advocatícios, pois apesar da existência de defensores públicos estes não suprem a demanda.

A Justiça é muito criticada pela sua morosidade, especialmente por aqueles que desconhecem como funcionam os atos processuais, pois apesar da necessidade do encurtamento do tempo processual, as diversas crises do Judiciário dificultam mais ainda o acesso à justiça, como a infra-estrutura das instalações, a carência de pessoal, equipamentos, altos custos, que dizem respeito não só a valores como custas judiciais e honorários, efetivamente despendidos, como também ao custo adicional em razão do alongamento temporal das demandas.

Sabemos que os tribunais estão abarrotados de processos, mas certamente os Juizados Especiais minimizaram, e muito, esse acúmulo. Com a implantação desse sistema a procura pelo judiciário aumentou consideravelmente.

O movimento de acesso à Justiça abrange não só questões ligadas à necessidade de um Judiciário acessível a todos, e conseqüente obtenção de resultados justos,

mas também à expansão da tutela jurisdicional a direitos emergentes, os quais intitulam-se interesses transindividuais, isto é, coletivos e difusos.

Os Juizados Especiais visam a abertura de diversas vias de acesso ao Judiciário, evidenciam a descentralização da justiça, uma vez que a maioria das ações é resolvida na primeira audiência de forma conciliatória, a qual pode ser realizada pelo conciliador, pelo juiz leigo ou pelo juiz togado. No caso do conciliador ou do juiz leigo, não ocorrerá violação ao princípio do juiz natural, o conciliador e o juiz leigo servem como auxiliares da justiça, por essa razão será o acordo homologado pelo juiz togado para ter valor de sentença.

Quando se pensa no acesso à justiça, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando enfim, se pensa no *due process of law*² como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal arbitral, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social.

2.3 Fatores da lentidão

As tradicionais limitações ao ingresso na justiça, jurídicas ou de fato, refletem em decepções para a potencial clientela do Poder Judiciário, na impossibilidade da sociedade empregar práticas pacificadores, além de desgastarem o Estado na sua própria legitimidade, na dos seus institutos e no seu ordenamento jurídico.

As decepções geram o não exercício dos direitos

e, muitas vezes, esses direitos não são, se quer, conhecidos. As inúmeras dificuldades geram as crises institucionais.

O exame conjunto da problemática que assola a intempestividade da tutela jurisdicional, aponta que as causas da demora na prestação jurisdicional, em nosso país, estão relacionadas a fatores institucionais de ordem técnica e subjetiva e a fatores derivados da insuficiência material.

Quando o tema da agilização da justiça aparece no cenário das discussões, as atenções concentram-se em valores de natureza técnico-jurídica esquecendo-se da problemática de ordem política, econômica e cultural.

Quanto aos fatores da crise institucional, não podemos olvidar dos ensinamentos de Tucci (1997, p.100):

A atual realidade mostra que, tradicionalmente, a questão relativa a uma eficiente administração da justiça não é meta digna de ser elevada ao vértice da escala das prioridades almeçadas pelos poderes Executivo e Legislativo.

A ideologia conservadora, mesquinha e extremamente personalista, que predomina entre grande número de políticos brasileiros constitui inequívoco obstáculo para que haja uma mobilização destemida e disposta a pagar o preço e a suportar o peso da luta política para lograr meios e alternativas visando a implementar a operatividade da lei processual.

Como fatores de ordem técnica podemos relembrar que as sentenças proferidas pelo juiz de primeiro

grau, salvo nas excepcionalíssimas hipóteses que podem ser executadas, na prática, não ostentam valor algum.

Nos Juizados esperamos que tenha ocorrido a superação, se não total, mas parcial desse entrave.

A ampla recorribilidade das decisões, mesmo que em questões exclusivamente de fato, que mitigam a utilidade inquestionável de imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração também as questões relativas à linguagem técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda, o acúmulo de demandas, somam inúmeros fatores formais.

Ainda se referindo a fatores técnicos, temos os métodos e conteúdos utilizados pelo direito para a busca de uma solução pacífica para os litígios a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*. O que se procura aqui, é a interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais do final do século passado e do início deste, em razão do conteúdo das demandas dos sujeitos envolvidos, ou ainda, diante do instrumento jurídico que se pretende utilizar.

Nos fatores de ordem subjetiva, temos a displicência quanto ao cumprimento dos prazos, que têm como destinatários os juízes e auxiliares da justiça, e não aqueles estabelecidos para as partes, únicas obrigadas, efetivamente, a tê-los na devida conta, em prol da integral preservação dos respectivos direitos.

Tudo isto vinculado à incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais, mas a reformulação de mentalidades, pois é muito grande o receio, principalmente, dos juízes, em aplicar as disposições da lei da maneira como elas estão postas na legislação.

Mas não podemos de forma alguma culpar, exclusivamente, os operadores do direito, juízes, promotores e advogados. Não podemos esquecer as legislações intervencionistas e emergenciais que, na maioria das vezes, geram um aumento mirabolante de demandas entre particulares e entre estes e o Estado.

Quanto aos fatores de ordem material, temos as precárias instalações que, em várias regiões do país, inclusive nas mais privilegiadas albergam dependências do Poder Judiciário. Prédios antigos, falta de informatização e insuficiência pessoal, não só material, geram a dramática e crescente aflição dos consumidores da justiça, em decorrência da escandalosa demora na prestação jurisdicional.

Dallari, (1996, p.156) com sua experiência, nos chama atenção para o perigo da era da informática sem prévia racionalização, ditando que: *assim como o fato de adotar uma Constituição escrita não é suficiente para transformar uma ditadura em democracia, a informatização dos tribunais poderá significar o advento de uma era de injustiças informatizadas.*

A despeito da situação por todos indesejada, é de justiça reconhecer que algum esforço se fez para agilizar a prestação jurisdicional, e, em conseqüência, melhorar a imagem do Poder Judiciário.

Ante tantas crises, tornou-se necessária a criação de mecanismos alternativos para solução das lides, entre os quais citam-se a arbitragem, a conciliação e a mediação. Essas formas alternativas de solução de conflitos colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e reduzir os custos e a demora dos procedimentos, estimulando a participação da comunidade na resolução dos conflitos.

O árbitro, o conciliador ou o mediador podem chegar a resultados mais rápidos porque ajuda a formar um

resultado antes que o processo avance ou que se inicie. Temos carência de reformas, não técnicas, mas sobretudo institucionais.

Por isso, nos Juizados, na fase conciliatória, será buscado o meio mais rápido e eficaz para a solução do litígio, se possível com dispensa da alienação judicial, que, além de dispendiosa, demanda perda de tempo, Devendo procurar obter o pagamento do débito a prazo ou a prestação, ou a dação em pagamento, ou a imediata adjudicação do bem penhorado; tudo deve ser feito para obter acordo, sempre tendo em vista o ditado popular de que *mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*, não deixando de ser um princípio verdadeiro.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A forma do processo deve visar a um fim e não a um meio, para que atinja sua finalidade através de uma forma mais simples, não precisando anulá-lo por existir forma mais complexa de realizá-lo.

A legislação deve caminhar dessa maneira, procurando sempre a simplificação das formalidades processuais como ocorreu com a lei dos Juizados Especiais.

A novidade causou estranheza e resistência por parte de alguns. Na esfera cível, a experiência data de mais de dez anos, com. a Lei n.7.244, de 7 de novembro de 1984, que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas, tendo boa recepção e boa funcionalidade, com satisfatoriedade, tendo em várias comarcas, apesar da implicância de advogados, e mesmo de alguns juízes, que lhe faziam restrições.

Alguns não se mostravam simpáticos

porque a novidade só lhes acarretaria mais trabalho, fora do horário de expediente normal e sem nenhuma remuneração extra, outros porque não acreditavam na própria eficácia do Juizado, que iria preocupar-se com conflitos insignificantes à sociedade e que não teriam qualquer repercussão. Mas hoje, problemas desse cunho já foram devidamente solucionados.

Quanto aos advogados, na sua maioria, que se colocaram contra o Juizado, por questões de corporativismo, pois não se conformavam com a dispensa de sua presença na distribuição da justiça, principalmente, depois da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo art.133 reza: *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.* Também, por acharem que poderia ocorrer um desvio de clientela.

Contudo, o professor Watanabe (1985, p.18), um dos idealistas das pequenas causas, entende que:

a lei, longe de diminuir, valoriza sobremaneira a nobre função de advogado, ampliando suas tarefas, não mais restritas à representação dos interesses das partes, mas estendidas às de conciliador e de árbitro (este necessariamente bacharel em direito, inscrito nos quadros da OAB e por esta indicado; art. 7º da lei): numa missão que transcende, assim, aquela clássica, de patrocínio dos interesses do cliente, tomando a dimensão maior da participação na própria administração da justiça..

Nós buscamos segurança, como também a

própria sociedade. A procura pelo seguro, pela garantia, que se confunde com o próprio anseio de tranquilidade e os próprios valores de preservação individual e da espécie, condiciona os modos de existência na sociedade.

O direito processual visa realizar o valor da segurança nas relações processuais, sendo buscada de forma incessante pelo ordenamento jurídico.

Lembre-mos dos ensinamentos de Dinamarco (2003, p.196), escrevendo sobre a segurança jurídica:

É bastante usual, ainda, a alusão à segurança jurídica que se obtém mediante os pronunciamentos jurisdicionais, a saber, segurança quanto à existência, inexistência ou modo-de-ser das relações jurídicas. É inegável o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição. Sucede, porém, que segurança, ou certeza jurídica, é em si mesma fator de pacificação: a experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável. A certeza jurídica é por isso que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação.

Com isso, podemos observar que o procedimento realizado pelos Juizados independente de primar pela oralidade e de ser, especialmente célere, também pode perfeitamente atender aos ditames da segurança jurídica. Podemos ter entre esses requisitos processuais uma verdadeira aliança.

3.1 A dinâmica do processo nos Juizados e a observância das normas processuais

Para a dinâmica do processo alcançar sucesso, lembremo-nos do que escreveu Assis (2002, p.20):

É preciso espírito aberto e sensibilidade para praticar um processo governado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade(art. 2º, Lei 9.099/95). O operador deve abandonar costumes arraigados, o apego à documentação escrita de atos e termos processuais e seu jargão ininteligível, atendendo à função popular da Justiça.

Existem leis que não facilitam o cumprimento da função jurisdicional e existem leis boas mal aplicadas. Como exemplo de lei que causa uma certa demora temos, no próprio CPC, o processo de execução, estabelecendo uma série de etapas para a entrega do bem da vida em apreço.

A lei dos Juizados Especiais, está sendo um exemplo de lei mal compreendida e mal-aplicada pelos órgãos jurisdicionais. Muitos juízes resolveram ordinarizar o procedimento, talvez pelos hábitos que adquiriram na magistratura ao longo dos anos. Não sentenciam em audiência, particionam a audiência de instrução e julgamento, admitem incidentes processuais incompatíveis com os critérios que a orientam.

Com o decorrer do tempo e o surgimento de novas leis, semelhantemente, ágeis e dinâmicas, esperamos que os órgãos jurisdicionais percam um pouco do formalismo e acostumem-se ao que requer o novo processo.

3.2. A justiça do futuro

A criação dos Juizados Especiais foi um grande passo rumo à justiça do futuro. Deu ensejo a parâmetros que serão seguidos e aperfeiçoados pelas leis vindouras, como a celeridade e a execução de seus próprios julgados, o desapego a formalidades e a garantia do devido processo legal.

Os anseios em relação ao futuro são os mais variados possíveis, que a Justiça conquiste a confiança do jurisdicionado, seja mais célere, menos corrupta, que o paternalismo perca cada vez mais sua força, como já vem perdendo, que as decisões judiciais sejam mais eficazes, ou seja, uma lista infundável de desejos. E quando analisamos essa questão sobre o prisma penal, então, não sabemos nem por onde começar, tamanho é o descontentamento com esse sistema judicial.

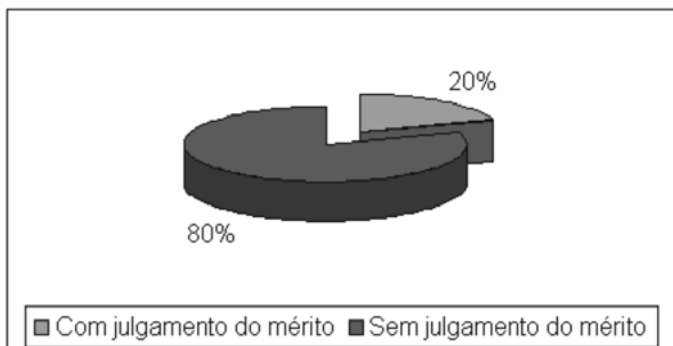
Ao ser investido no Ministério da Justiça, o advogado Márcio Thomaz Bastos afirmou que realizaria “uma reforma radical” na Justiça brasileira. Na esteira dessa promessa, todos voltam a se agitar, na esperança duma reforma constitucional que transforme o Poder Judiciário em algo tão eficiente quanto os serviços drive thru das lanchonetes modernas; entrega-se o pedido no oitão esquerdo, contorna-se o prédio e recebe-se no outro lado, prontinha, a guloseima solicitada. (CONSULEX, 2003, n.º 153, p.14).

Mas não são só as benesses dos Juizados

devemos comemorar. Como todo sistema inaugural, já temos algumas dificuldades, como ocorre no procedimento ordinário. As crises do processo comum também são as crises que começam a aparecer nos Juizados.

A respeito da satisfatividade das decisões nos Juizados Especiais Cíveis, passaremos a analisar de um dado colhido por George Pontes Dias (2003, p.41) na 8.^a Unidade do Juizado Especial Cível –JECC, da comarca de Fortaleza no ano de 2002, cujo fundamento seja a relação de consumo, que foram movidas por consumidores, pessoas físicas, contra fornecedores de produtos ou serviços, pessoas jurídicas.

Foram protocolados ou redistribuídos na Secretaria da 8.^a Unidade do Juizado Especial 753 petições cíveis, que envolvem as ações previstas no artigo 3.^o da lei n.º 9009/95, foram pronunciadas 546 sentenças ao todo, destas 438 sem julgamento de mérito e 108 com julgamento de mérito. Nesta tivemos um percentual de 89% de julgados procedentes. O que demonstra um bom grau de satisfatividade. Mas em contrapartida o número de processos julgados improcedentes não deixa de ser considerável. Como veremos no gráfico a seguir:



Fonte: Pesquisa realizada na secretaria da 8.^a Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal.

Gráfico. Sentenças proferidas pelo Juiz do 8.^o Juizado Especial Cível e Criminal no ano de 2002 .

Outra problemática constatada nesta Unidade, que dificulta a dinâmica processual, são os casos da presença obrigatória de Advogado (em causas acima de 20 salários mínimos e para recorrer), pois, infelizmente, só existem, atualmente, três Defensores Públicos lotados à disposição dos Juizados Especiais em Fortaleza, os quais somam ao todo 20 unidades.

Sabemos que tivemos algumas mudanças como a instauração do controle externo do Judiciário, o instituto da súmula vinculante, a proibição de que os recursos sem repercussão nacional cheguem às Cortes Superiores. Mas o importante é a tentativa de superar os inúmeros entraves do poder Judiciário, de forma política, econômica e social. Se essas propostas serão boas ou más para o processo, só o futuro dirá.

3.3 A Eficácia processual nos juizados

Paulo Lúcio Nogueira (1996, p. 11), alerta para um fator importante que contribui para a ineficácia processual:

Melhor seria, portanto, que, a exemplo do Juizado Criminal, as funções dos dois juizados fossem exercidas pelos próprios juízes de primeiro grau, já que a presença de juízes “leigos” ou “conciliadores” é não só dispensável, como não recomendável, em face justamente do movimento, inclusive de juízes togados, contra os juízes classistas na esfera trabalhista. Parece-nos, pois, que não se deva criar outra classe de juízes leigos na Justiça comum.

As regras do Direito possuem maior ou menor eficácia e os seus efeitos sociais apresentam diferentes pa-

tamare. Ambos não se confundem. Existe uma diferença a considerar entre o que seja eficácia da norma legal e efeito social da mesma norma. A eficácia é um dos aspectos pelos quais se pode externar os efeitos da lei.

Assim, podemos ter como efeito das normas jurídicas: as suas funções educativa, conservadora, transformadora, de instrumento da mudança social. No exame da força condicionante que elas têm sobre toda a realidade social, a eficácia é um efeito especial produzido pela norma, é uma qualidade de tais efeitos, é a busca da finalidade, gera a ineficiência total ou parcial das leis.

Nesse sentido entende Dinamarco que (2003, p.392):

A efetividade do processo, mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A tutela específica dos direitos, (v.g, mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do direito processual moderno é também no sentido de conferir maior utilidade aos provimentos jurisdicionais.

O processo precisa adequar-se para o cumprimento de sua missão. É preciso romper de uma vez por todas com os velhos pensamentos e abrir os olhos para a realidade que se desenrola do lado de fora do processo.

Os estudiosos do direito são cidadãos qualificados, de quem a sociedade espera um grau elevado

de participação política, revelando as mazelas do direito posto e levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com novas propostas. É preciso que os juízes exerçam o comando efetivo do processo, dando cumprimento aos ditames processuais.

É necessário repensar o processo em seu todo, como o instrumento que serve à realização de direitos, sem deixar de lembrar que com os Juizados Especiais à procura pelo Judiciário foi sensivelmente acrescida, à medida que o novo sistema dá azo à mitigação do que na doutrina se convencionou chamar de litigiosidade contida, pois saímos de um mecanismo entravado em seu funcionamento e descredito para adentrar na órbita da composição amigável, como forma alternativa da prestação da tutela pelo Estado.

Novas medidas, rapidamente, devem ser tomadas, pois em breve a Justiça Especial poderá tornar-se tão morosa quanto a Justiça Comum. Um bom exemplo, seria a criação de Juizado Especial de Família, que poderia contribuir para a rapidez processual nas Varas de Família, desafogando-as.

O processo que se deseja, às vezes, mais parece uma utopia. Falta muito para que se tenha um processo, que satisfaça os imperativos sociais de hoje. Os velhos hábitos comodistas e o excesso de formalismo minam o sistema e de uma hora para outra ele não se alterará.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o trabalho ora realizado, concluímos que os Juizados Especiais espelham, no tocante a instrumentalidade, um futuro promissor.

Para o nosso Direito Processual Brasileiro que não deixa de ser um direito ainda formalístico, apegado muito

à forma processual, esse instituto é um caminho para um processo mais eficiente e célere na sua prestação e também de fundamental importância para a desmistificação que o Direito não pode ser ágil em pontos incontroversos, não precisando de um novo processo, como na Execução, para realizar seu fim maior, a prestação jurisdicional.

O judiciário é dinâmico e precisa se adequar aos ritos que a sociedade moderna exige, precisando retomar sua credibilidade. Por isso, vimos, no nosso trabalho, como a conciliação deve ser valorizada e a importância que teve desde antanho.

A sociedade necessita de um procedimento especialíssimo que satisfaça a demanda, decidindo os litígios da forma mais célere, eficaz e desburocratizada, já que a tendência universal é diminuir a distância entre o Poder Judiciário e o povo.

Devemos observar também o quanto a doutrina e a jurisprudência são importantes na evolução dos Juizados, assim, como os encontros realizados para uniformizar os procedimentos utilizados nos Juizados Especiais Cíveis de todo Brasil, criando os enunciados.

A crescente demanda que chega ao Judiciário, afogando os órgãos judicantes, de modo a comprometer a celeridade e qualidade da prestação jurisdicional, está a exigir que se prestigiem mais as formas alternativas de composição dos conflitos sociais, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem, tal como era na Constituição do Império.

Temos que ter consciência de que o direito não é algo estático, e que o conservadorismo de alguns intérpretes, de certos princípios e de algumas posturas interpretativas, não podem tornar o Direito, enquanto norma, um obstáculo aos avanços em que a evolução normal da sociedade realiza e nem às conquistas de conhecimentos.

Com o tempo de implantação dos Juizados Especiais, eles já contribuíram e muito para minimizar os processos perante nossos Tribunais. O melhor seria que, rapidamente, fossem tomadas novas medidas, como a criação de um Juizado Especial de Família, pois em breve a Justiça Especial também poderá se tornar morosa.

Não pretendemos oferecer um trabalho completo, mas de certo modo, realizar uma instigação para a leitura de um tema tão agradável e fascinante como é o dos Juizados Especiais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de, *Execução civil nos juizados especiais*, 3.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, *Juizados especiais cíveis e criminais*. Fortaleza: Poder Judiciário do Estado do Ceará. Justiça do Povo, 1999.

BARROS, Humberto Gomes de, *Entraves do judiciário*. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Consulex Ltda. N. 153, p.14-16, mai, 2003.

CARVALHO, Poldão Oliveira de; NETO Algomiro de Carvalho, *Juizados especiais cíveis e criminais*, 3.^a ed., São Paulo: Bestbook, 2002

COUTURE, Eduardo J., *Interpretação da leis processuais*, tr. port. Gilda M. Corrêa M. Russomano, São Paulo: Max Limonad, 1956.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *O poder dos juizes*, São Paulo: Saraiva, 1996.

DIAS, George Pontes. *Danos morais no direito do consumidor*, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003, 54p. Monografia.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, 2.^a ed., São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____, *A Instrumentalidade do processo*, 11.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2003

IHERING, Rudolfg von, A luta pelo direito, tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella, 2.^a ed., São Pulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JÚNIOR, Joel Dias Siqueira & LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, 12.^a ed., 2.^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados especiais cíveis e criminais*, São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, v.1, 9.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997.

WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Notas:

¹ Eram tribunais especializados em oferecer uma justiça rápida, simplificada, eficiente e, mais que isso, gratuita.

² Devido processo legal

A JUSTIÇA ELEITORAL E A AMPLITUDE PARTICIPATIVA

Maria Joseleide de Araujo Brito

Advogada e Mestre em Direito pela UFC

I – Aspectos introdutórios

É inconteste a afirmação de que onde há participação popular presente se encontra o substrato da democracia. Assim, no âmbito da jurisdicionalidade, comum ou especial, a forma de vida democrática não se limita à esteira de atuação dos jurisdicionados, mas convém destacar o grande espaço aberto que enseja a contribuição dos cidadãos em geral.

Não importa a natureza da qual se reveste a participação do povo, conquanto seja ela direcionada à seara exclusivamente jurisdicional ou centrada nos aspectos políticos “estrito senso”. Certo é que, de um modo ou de outro, onde quer que o indivíduo expresse sua vontade, manifestando sua opinião, obedecendo às normas jurídicas, cumprindo obrigações sociais ou atendendo aos reclamos da moral e da religião, estará praticando, ainda que inconscientemente, atitudes políticas, porquanto encontra-se integrado a uma sociedade civil, e deste modo, politizada.

Partindo-se dessa idéia, temos que na condição de “eleitor” (que segundo **Friedrich Müller** compõe a noção de *povo ativo*), essa participação mais veementemente se concretiza.

Comumente ocorre, que à simples menção do termo “eleições” imediatamente conduz a relacioná-lo à sinônimo de “vontade coletiva e arbitrária”, que, por sua vez, constitui-se na essência da participação popular (que vem a ser a manifestação plena da vontade geral).

Cristalizada sob múltiplos aspectos, é na

ambiência da Justiça Eleitoral onde a vontade coletiva transmuda-se em exercício puro de soberania e cidadania, gerando efeitos que vão da legitimação democrática que integra as instituições políticas e jurídicas (por via de representatividade), até a confirmação ou negação dessa legitimidade, que fica a depender do exercício probo dos representantes eleitos PELO POVO, o que vem caracterizar a denominada legitimidade de exercício.

Como já salientado, a representatividade materializada em quaisquer das esferas de atuação das atividades públicas, necessitará sempre do caráter da legitimidade e da responsabilidade, a fim de que possa ter franca aceitação por parte dos representados.

O aspecto dialético deve permanecer constante nas relações entre povo e governo, mediante um consentimento embasado na razão e no equilíbrio.

Afirma **Julien Freund** que *no que concerne à política, proceder a uma eleição ou a um voto, é submeter à apreciação da opinião pública uma questão ou uma função de interesse público, sendo entendido que a cada eleitor é reputado possuir um julgamento correto e lúcido e uma competência incontestável. Esta última hipótese é suscetível à críticas.*¹

De fato, a escolha por uma legenda X ou Y, assim como a opção por um candidato A ou B, a par de constituir-se em opção política, converte-se em decisão que envolve critérios de ordem privada. Evidenciando-se que a influência da propaganda e da própria opinião pública fornecem fortes elementos decisórios quanto à escolha pessoal de cada eleitor.

Afinal, como admite o referido autor, *“nenhuma opinião de caráter político, é puramente política, isto é, que fique isenta de referências ao privado.”*²

Inobstante a ausência de competência do eleitor

no sentido de escolher o candidato que melhor preencha os requisitos necessários para a investidura em cargo público, a importância do voto (da participação), sobreleva-se, quando em pauta o exercício da cidadania, a par dos *“elementos que influem na participação popular que se irradia por toda organização federativa brasileira.”*³

A Justiça Eleitoral viabiliza, sobretudo, a extensão da acessibilidade do povo mediante diversificados institutos que possibilitam investidas contributivas profundas na seara da democracia participativa popular.

Partindo do pressuposto de que o sistema representativo impescinde de imediata amoldagem aos postulados que informam o Estado Democrático de Direito, advém daí um leque de pré-requisitos para a efetiva adequação democrática que indubitavelmente exigirá a atuante manifestação popular, propiciando o genuíno acesso participativo do povo, sendo por essa razão que o próprio regime democrático apoia-se na legitimidade eleitoral, com reforço na posterior e efetiva participação dos cidadãos.

No entanto, os níveis participativos populares não se limitam apenas às manifestações decorrentes da eletividade representativa, mas se elevam consideravelmente tendo em vista a própria amplitude ensejada pela natureza mesma do poder de sufrágio.

Com efeito, a inserção dos componentes deliberativos diretos no capítulo constitucional que trata dos direitos políticos, tornaram propícias novas disponibilidades participativas efetivadas mediante o sufrágio popular.

1. O poder de sufrágio e as deliberações populares diretas

No Brasil, o regime democrático vigente constitui-se de caráter misto, quer isso significar que dele emanam dúplices vertentes, ambas mantidas sob os

domínios do poder de sufrágio.

De um lado, tem-se o exercício da cidadania materializada no processo de eletividade sob o qual se alicerça o sistema representativo; por outro, dispõe-se de institutos constitucionalmente consagrados que permitem a participação direta dos cidadãos.

Assim é que, a democracia participativa definiu os moldes do domínio político, reservando à maioria do povo as manifestações de vontade a serem expressas mediante a utilização dos seguintes instrumentos consagrados no art. 14, da Magna Carta, que dispõe: *“A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”*

No entanto, embora elásticos os horizontes participativos, são raquíticos os elementos motivadores ensejados pelos líderes governamentais. A intensidade da participação é muito tímida. Aliás, não há uma intensa atuação onde se possa verificar a presença ativa de todas as camadas populacionais no ambiente político, seja por ignorância, seja por escassez de instrumentos mais acessíveis e apropriados.

A democracia não pode ser cronometrada pela simples temporariedade nas escaladas de votação. O povo só merece isso de participação popular?

O poder participativo direto do povo, preceituado no aludido art. 14, da Carta Magna, não tem se efetivado em nenhuma das modalidades previstas para o exercício pleno da soberania popular.

Acontece que as três modalidades constitucionalmente elencadas apresentam limitações nos requisitos exigidos para a sua concretização. No caso da iniciativa popular, por exemplo, foi de início amputada a liberdade dos cidadãos de apresentarem projetos de lei em

se tratando de matéria constitucional.

Por outro lado, os requisitos exigidos para apresentação de projetos na conformidade do que foi regulado pelo art. 61, § 2º, da Lei Maior⁴, desestimulam os cidadãos, constituindo-se em barreiras à livre iniciativa do povo.

Na verdade, a *iniciativa popular*, nos moldes estabelecidos na Constituição Federal, assume configuração representativa, em nada se caracterizando como forma de participação do cidadão por via direta, já que não se cogitou do direito de sufrágio para essa modalidade, erroneamente inserida no texto constitucional para efetividade da democracia participativa direta.

Com relação ao *referendo*, deveria ser esta a modalidade aplicada com freqüência para que o povo pudesse exercer a soberania; no entanto, a par da sua previsão constitucional e de estabelecidas as condições para a sua execução⁵, o Congresso Nacional, que detém competência exclusiva para autorizá-lo, não o exercita, e desse modo, mais uma vez tolhe-se a liberdade do cidadão em expressar a sua opinião por meio do sufrágio, relativamente a projetos de lei aprovados pelo poder Legislativo.

No tocante ao *plebiscito*, fica esta modalidade também a depender da conveniência do Congresso Nacional, que não exercita a vontade do povo, mesmo tendo regulamentado o inciso I, do supracitado art. 14 da Constituição Federal.

Assim, com alargadas razões solidariza-se com o protesto de **Fávila Ribeiro** no sentido de que *permanecem contidas essas inovadoras formas de participação popular, mantidas na inércia, resultando sem efetiva eficácia o sentido da soberania atribuída ao povo (...)*.⁶

Afinal, onde está a liberdade de participação popular direta? O que têm feito de concreto os

representantes eleitos PELO povo para tornar real a ordem constitucional?

A democracia pluralista fica assim restrita a unicidade temporária das eleições para escolha dos representantes políticos, sendo esta atualmente a única forma que dispõe o cidadão para manifestar a sua vontade política individual.

O diálogo democrático pode e deve ser estimulado e levado a efeito pelos partidos políticos, se de fato exercerem seus papéis de suscitar idéias, opiniões entre os seus filiados e levá-los ao intercâmbio social, como fator de aglutinação, estabelecendo tendências mais eficientes, mais desembaraçadas e mais harmônicas.

Na linha do pluralismo político previsto pelo Estado Democrático de Direito, o pluralismo partidário reveste-se de fundamental importância, porquanto se traduz numa forma organizada de reunir opiniões semelhantes.

Os impulsos espontâneos que brotam dos cidadãos constitui relevante importância no processo participativo crítico, à medida que atuam como uma espécie de termômetro para que os governantes sintam os efeitos da sua atuação política, expressados pelos que detêm a legitimidade para elegê-los.

A liberdade de opinião perfaz-se em importante significação que se adequa aos postulados do Estado Democrático de Direito, refletindo o pensamento da maioria da população, expressados pelos diversos grupos religiosos, pelas associações civis e pelos partidos políticos.

A concepção de justiça assentada na noção de igualdade, coaduna-se sobremodo ao regime democrático, porquanto, a democracia se inclina para a justiça social.

É exatamente no regime democrático onde o cidadão pode encontrar o ambiente mais apropriado para desenvolver os seus pendores humanísticos, arrimados na

interação social concentrada em pacíficas e harmoniosas convivências e no progressivo acultramento que lhe propicie aguçado senso crítico a ponto de se mostrar mais atuante na seara política.

A satisfação das carências e dos anseios sociais se concretizam através dos institutos democráticos e do livre acesso à justiça, cabendo ao Estado e ao Poder Judiciário sopesar os valores individuais, bem como os coletivos, de modo a que a dimensão social não venha a absorver demasiadamente os valores individuais a ponto de oprimí-los.

O princípio da participação encontra efetividade no modelo de democracia social, que por sua vez, exige alargamento participativo a ponto de albergar o poder legiferante, a administração pública e a jurisdição.

O jurisdicionado só terá satisfeito o que pleiteou se o Judiciário, através dos magistrados (por serem detentores do poder-dever de assegurar a aplicação dos princípios de justiça social), souberem situá-los no contexto da realidade social, cultural, econômica e política, aplicando a norma vigorante de modo a que esta se ajuste àquilo que o caso concreto esteja a exigir. Aí sim, estará sendo aplicada em todo seu vigor a justiça social, compatível com a democracia social.

2. O pluralismo político

No regime democrático, deve-se à soberania popular a instituição do corpo de representantes, dada a exigência da legitimidade veiculada pelo sufrágio universal, tendo em vista que na apuração do processo eleitoral o mais importante não se concentra exatamente no 'quantum' obtido, mas se encerra precisamente no grau de afinidade expressada, a refletir a aferição da empatia entre os eleitores e os eleitos.

Convém salientar que no âmbito da jurisdição eleitoral as contribuições ativas não se restringem à participação dos indivíduos, mas dilatam-se construtivamente com a notável dinamicidade dos magistrados, assim como a dos demais operadores do Direito que com ele compartilham da nobre labuta.

Muito embora não tenha a Constituição conferido à função jurisdicional eleitoral mesmas características atribuídas às demais espécies jurisdicionais, revestiu-a, por outro lado, de peculiaridades necessárias e condizentes à lisura dos pleitos.

O fato é que aos magistrados que desempenham essa modalidade de função judicante atribuíram grande poder de iniciativa, deles dependendo sobretudo a eficácia “administrativa” e jurisdicional da aplicação da normatividade, que por sua vez viabiliza o controle da normalidade participativa.

Confirmando a assertiva quanto a essa peculiaridade da Justiça Eleitoral, **Fávila Ribeiro** dispõe que *“em muita de suas atribuições, mostra-se aparelhada com o poder de iniciativa, de modo a que possam seus órgãos agir de ofício.”*

Em seguida, esclarece o autor a razão dessa variante procedimental: *“Assim sucede porque muitas de suas atribuições não têm caráter jurisdicional, sendo, materialmente, administrativas.”*⁷

Desse modo, inobstante a presença indissociável do Princípio da Inércia, típica da função jurisdicional em geral, convém destacar que no âmbito da jurisdição eleitoral a sua presença manifesta-se de forma atenuada.

Isso não implica em dizer que haja ausência ou redução do grau de atuação dos indivíduos na seara jurisdicional eleitoral face às demais espécies judicantes, apenas, convenientemente, cabe ressaltar que os seus fins

residem no controle judicial das atividades jurídico-políticas que envolvem toda sistemática eleitoral, com destaque para a participação popular no universo político, sem dispensar a fiscalização imparcial e rigorosa da Justiça Eleitoral.

De um lado o povo atua como elemento essencial na formação do corpo eleitoral, tornando-se apto para daí em diante contribuir com suas investidas fiscalizatórias no sistema de controle das eleições, sem falar na prévia legitimação emprestada aos operadores do Direito que atuarão em sede de jurisdição eleitoral, a cada pleito. Eis aí a sua valiosa participação no campo jurisdicional eleitoral.

Em uma outra vertente atuam os indivíduos com interesse ao filiar-se a partido político, ao tomarem parte nas arregimentações e nas convenções partidárias, e mais, quando exercitam o *jus suffragii* e o *jus honorum*, em plena efetivação do contributo político, mantendo o vínculo jurídico no que toca à fundamental administração por parte dos operadores do Direito junto à Justiça Eleitoral.

Nesta dinâmica e intrínseca relação jurídico-política, sobreleva-se a latente e efervescente dialética oriunda de um relacionamento saudável e grandioso, onde os efeitos benéficos resultantes robustecem o lastro da democracia popular, cuja razão de ser tem seu início e seus fins centrados no próprio povo.

É essencial que haja diálogo democrático em que se motivem saudáveis controvérsias, sendo tomadas posições diferentemente aplicáveis às múltiplas facetas da vida humana.

O sistema representativo, aos quais pertencem as instituições políticas democraticamente legitimadas pela manifestação da vontade popular, possuem suas raízes fincadas no princípio do associativismo, que, por sua vez,

integra os elementos básicos que irão compor diversificadas formas de expressão do pluralismo político, como por exemplo, na criação de sindicatos.

Assim, o pluralismo político é por demais cabível e praticável no Estado Democrático onde a liberdade de opinião, de reunião, de associação e do pluripartidarismo, em tudo se coaduna à idéia de “*uma sociedade livre, justa e solidária*”, enfim, uma sociedade integrada.

A multiplicidade de interesses que cercam a interatividade e a integração social dos indivíduos implica na natural discrepância que surge a partir de uma gama considerável de distintas opiniões, de valores e princípios pessoais que se chocam, de atitudes e manifestações que por vezes se digladiam, por vezes se harmonizam.

Daí advém uma produtora riqueza cultural, econômica, política e religiosa, que indubitavelmente passa a significar o engrandecimento e o progresso do homem enquanto integrante de uma sociedade e participante de diferentes grupos, preconizadores das mais diversificadas idéias.

O cerne da questão está no ‘equilibrar’ e manter coesas essas variantes produtivas da inteligência humana, que aliam-se às ambições de toda ordem, alimentadas por imposições mesmas da sociedade, impulsionadora do *status* social – que por sua vez alberga um conjunto de outras tantas conquistas que daí decorrem (por exemplo, a busca do *status* profissional, econômico, cultural, etc.).

Os fundamentos desse equilíbrio coincidem precisamente com os fundamentos do *pluralismo político*, ou seja, o controle dessas discrepâncias resultantes das diferentes manifestações individuais assentando-se, sobretudo, nas garantias jurídicas, que buscam preservar acima de tudo os valores essenciais da liberdade e da igualdade, pois de outro modo estaria declarada a

desordem; o mais completo caos.

Ora, comumente verifica-se que mesmo dispondo de uma Constituição política solidamente alicerçada e apta a manter a normatividade jurídica que dela emana como um dos meios mais eficazes de controle social, ainda assim são constantes os conflitos e crescentes as desavenças.

O segredo reside na racionalidade, fator que conduz à distribuição igualitária de oportunidades, ensejando a utilização ampla do direito à liberdade de expressão, mas sem se desviar da necessária limitação imposta pelo direito de igualdade participativa.

O potencial intelectual imanente a cada indivíduo precisa ser preservado, por tratar-se de um bem patrimonial por demais valioso, e não só sob o prisma dos interesses privados, mas ressaltada a importância dessas aptidões para o desenvolvimento nacional.

Por essa razão, o pluralismo político acha-se incluso no elenco dos direitos fundamentais arraigados pelo Estado Democrático de Direito vigente na atual ordem jurídica constitucional⁸ e manifesta-se sob os mais variados aspectos participativos: na manifestação diversificada das opiniões, no associativismo, na liberdade de reunião e no pluralismo partidário.

A formação de grupos que detêm interesses em comum transformou-se em uma forma de organização que permite a participação irrestrita nas mais variadas vertentes, fortalecendo o combate a insulamentos prejudiciais ao progresso da humanidade.

2.1. A participação do povo pela via do associativismo

A finalidade da associação constitui-se no fato de que determinada quantidade de indivíduos, solidários a uma mesma causa ou idéias, que a elas aderem publica-

mente no intuito de buscar reforços que os possibilitem colocá-las em prática, de modo a fazê-las prevalecer sobre outras, na sociedade da qual fazem parte.

Desse modo, a liberdade de associação vem a ser uma das formas de expressão e aplicação do pluralismo político, dando margem a que os diversos segmentos da sociedade possam agrupar-se na defesa das opiniões que de algum modo oferecem discrepâncias latentes, possibilitando-lhes reunir-se com o objetivo de firmar o compromisso de difundir estas idéias divergentes a ponto de estabelecer sua predominância ou ajustamento no universo político-social.

Portanto, razão coube a **Tocqueville** ao afirmar que *“a associação enfeixa os esforços dos espíritos divergentes e os impele com vigor para uma única finalidade claramente indicada por ela.”*⁹

O inalienável direito de associação, é, por isso mesmo, uma combinação de esforços para a realização de determinadas idéias, e o seu exercício implica em participação política, pelo que o Estatuto Supremo reservou-lhe, nada mais nada menos, do que cinco incisos inseridos no art. 5º (XVII a XXI), constantes do Capítulo I, que trata Dos Direitos Individuais e Coletivos, nos quais prevê a sua criação e oferece garantias quanto ao seu funcionamento.

O inciso XVII, do art. 5º, da Constituição Federal, dispõe que *“é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.”*

Evidentemente que as associações devem visar objetivos que se revistam de licitude em total coerência com a solidariedade e a integração que une a todos os associados, de modo a que o verdadeiro sentido associativo coadune-se à concretude participativa, objetivando o desenvolvimento dos povos e das nações.

2.2.O pluralismo partidário

O livre direito ao associativismo é um corolário do direito de reunião¹⁰, assim

como o pluralismo partidário também compreende a associação de pessoas que doravante denominadas ‘filiadas’, têm em comum as mesmas idéias e interesses de caráter político, cujos fins reside na busca continuada do expansionismo e na conquista de poder.

A natureza associativista dos partidos políticos¹¹ amolda-se ao figurino constitucional quando este prevê, no art. 17, que *“é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional; II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III – prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.”*

Aos partidos políticos ficou reservado o cumprimento de importante missão no âmbito da dinâmica democrática, máxime no que concerne à participação política dos cidadãos, mediante a riqueza de elementos que referida associação concentra na sua estrutura, contribuindo para o enriquecimento dos institutos democráticos.

Com efeito, os seus atributos originariamente revestidos de natureza privada, adquirem, paulatinamente, considerável expansão, até a conquista da amplitude nacional.

Situando-se em posição antagônica face aos adversários, cada partido político, integrante do sistema partidário, dedica-se em promover a arregimentação coletiva, que vem a compor um dos elementos ensejadores da participação popular, ficando a depender, para o sucesso da em-

preitada, da firme convicção das suas idéias, de tal forma que, a força de convencimento e persuasão mantenha-se sempre num grau ótimo que favoreça a atratividade e tenha o condão de impelir, continuamente, novas adesões, impulsionando renovadas e saudáveis convivências, estimuladas pelo irrefreável desejo de fazer predominar suas opiniões.

Fávila Ribeiro, em seu 'Direito Eleitoral', defende que

*uma vez instaurado esse processo de atração dos filiados para os ambientes internos partidários, incrementando as aproximações e os relacionamentos entre os seus próprios membros, é possível que as reuniões se multipliquem e obtenham aumento de frequência, despertando interesse para o debate de temas e **elastecimento participativo** nas análises e deliberações de assuntos de interesse geral.*¹² (Grifos do autor)

Resta saber, nas atuais contingências de ordem política, se estariam os partidos políticos verdadeiramente exercitando a representação legítima e autêntica da vontade popular.

A opção do corpo eleitoral por este ou aquele partido transformou-se em ato amplamente constitucionalizado e democraticamente livre, possibilitando que as discrepâncias oriundas do âmago da sociedade se apeguem aos ideais preconizados pelos inúmeros partidos dispersos nacionalmente, dando margem a que sejam eleitos representantes que melhor possam sensibilizar-se com as necessidades básicas do povo brasileiro, com isso confirmando previamente a sua legitimidade, obtendo-a do povo para ao povo reverter em forma de atitudes concretas e positivas, como prometidas na fase propagandística.

O sistema partidário brasileiro, na verdade, for-

nece uma variada visão no tocante ao seu funcionamento, tendo em vista as latitudes territoriais, denotando uma fragilidade intrínseca, com notável repercussão informativa da instabilidade que assola os partidos políticos que o integram, isso não se devendo apenas à sua elevação quantitativa.

A ausência de democratização começa no universo interno dos partidos políticos, com emperramentos e obstáculos à prática da cidadania, ao passo que as influências e as atitudes oligárquicas vão progressivamente se arraigando e se difundindo quanto mais se eleva o seu teor expansionista, incentivando a infidelidade partidária.

Desse modo, as associações partidárias constitucionalmente ativas, não conseguem atingir um nível contributivo satisfatório que se coadune ao princípio do pluralismo político, seja por razões de natureza interna ou por ausência de uma política de incentivo à participação.

Não bastasse o significado depreciativo emprestado à panorâmica partidária nacional, reduzindo o conceito de pluralismo político para equipará-lo (como costumeiramente acontece), a quantitativos de partidos, esse lamentável quadro contribui no sentido de desestimular a efetividade da participação do povo na vida política do país.

De fato, as decepções e frustrações ocasionadas pelo descaso dos filiados, provocando o descomprometimento crescente dos partidos políticos face às suas importantes contribuições ante o regime de governo democrático e o sistema representativo, têm o condão de cada vez mais espantar o cidadão brasileiro para longe das urnas.

O comportamento absolutamente repreensível e vergonhoso de muitos dos parlamentares contribui para essa onda crescente de desenganos e frustrações que assola a população brasileira.

Oscar Dias Corrêa, Ministro aposentado do STF,

consciente da lamentável realidade política hodierna, resalta que

*a democracia brasileira vai mal, muito mal, se o povo se desinteressa dos pleitos, ou repele os partidos e candidatos (...), reações evidentes contra o estado de coisas vigente: repugnância aos partidos, aos candidatos, ou ao sistema e, em geral, em qualquer das hipóteses, contristadora realidade.*¹³

No entanto, constitui-se em fundamental importância que o cidadão brasileiro repugne o comodismo e dê o pontapé inicial na luta por mudanças, conscientizando-se de que a participação popular é a mola propulsora da real democracia.

Convergem elementos de alta densidade democrática na formação da opinião pública, haja vista que nela podemos claramente perceber o pleno exercício do direito à liberdade de expressão, da livre manifestação do pensamento, mesmo porque a opinião pública não é submetida a restrições de normas jurídicas, mas, ao contrário, existem princípios constitucionais democráticos que a protegem.

O crescimento do Estado passou a exigir vultosas e intempestivas tomadas de decisões por parte dos representantes, e decisões que na sua grande maioria não contam com a opinião dos representados, ou seja, a vontade popular não encontra mecanismos rápidos e eficazes para dar vazão à sua força soberana e ao exercício pleno da cidadania.

Assim, aos partidos políticos cabem reatar o calor das saudáveis e divergentes opiniões que originam e impulsionam os instintos associativistas, condutores com são do elastecimento participativo.

Para tanto, precisam trabalhar sobre o que se deteriorou a partir da prática imediata das seguintes

medidas, dentre outras, peculiares a cada agremiação partidária:

- ◆ estímulo às convivências entre filiados, no sentido de democratizar-se internamente;
- ◆ apuração posterior a cada pleito, em reunião com os filiados e simpatizantes, do desempenho apresentado, com ampla abertura às críticas levantadas, objetivando o aprimoramento qualitativo para maior e melhor atuação como participante democrático, e não só para a busca desenfreada de votos;
- ◆ o reforço à fidelidade partidária mediante estímulos à espontaneidade;
- ◆ produção de conquistas reais que possam conduzir à renovação da confiança do povo brasileiro, a ponto de torná-lo crente que os partidos políticos podem e devem intermediá-lo, representativamente, na conquista de uma sociedade verdadeiramente justa, conquanto solidária e participativa.

Enfim, a participação pela via do associativismo reveste-se de um sentido notadamente humanista, cuja tendência, na significativa prática do favorecimento à elasticidade participativa, é a de transformar-se em uma das maiores colaborações à forma de vida democrática, presentes os atributos do desprendimento e da responsabilidade.

3. Formação do corpo eleitoral e o controle das eleições

O primeiro passo para a formação do corpo eleitoral dá-se com a aquisição da capacidade política, e tem, por finalidade político-jurídica, conceder habilitação ao órgão representativo pela via democrática do *poder de sufrágio*.

Embrionariamente, a atuação política dos cidadãos concretiza-se na fase do alistamento eleitoral, quando então, devidamente qualificados, peticionam ao Juiz Eleitoral as suas inscrições na Zona e Seção correspondentes aos seus domicílios com o intuito de obterem o *título eleitoral*, verdadeiro passaporte garantidor do ingresso no universo dos direitos políticos.

Munidos deste documento, poderão exercer plenamente o *jus suffragii* – direito de votar (cumpridas as exigências constitucionais previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 14¹⁴), e o *jus honorum* – direito de acesso à cargos públicos (observadas as condições exigidas pela Constituição Federal constantes do § 3º, do art. 14, com sua devida regulamentação levada a efeito pela Lei Complementar N. 64, de 18.05.90, que regulamenta o § 9º do aludido art. 14, da CF).

Cabe destacar a importante função fiscalizadora dos partidos políticos quanto à admissibilidade do indivíduo na formação do corpo eleitoral.

Com efeito, a fiscalização partidária inerente ao processo de inscrição, fundamenta-se no fato de que também eles, os partidos políticos, são detentores de interesses políticos que se alicerçam na existência da legitimidade.

Assim, os partidos políticos assumem a posição de parte processual no contencioso eleitoral, corroborados pelo disposto no art. 66 do Código Eleitoral,¹⁵ podendo intervir sobre qualquer pedido que esteja em trâmite, detendo a faculdade de impulsionar processualmente as ações cabíveis no âmbito da jurisdição eleitoral.

Os partidos políticos fazem-se representar no ambiente jurisdicional eleitoral, em qualquer instância, pelos delegados devidamente credenciados.

Ressalte-se a inafastabilidade do princípio do *devido processo legal* e seus corolários, ou seja, a jurisdição eleitoral, subordinada aos princípios que integram e informam a supremacia constitucional, impescinde da presença dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, ensejada a participação popular no contencioso que se inicia.

Portanto, a investidura em um órgão político nacional advém da escolha feita pelo corpo de votantes, politicamente habilitados, ou seja, participantes do poder de sufrágio, mediante uma complexidade de equipamentos de ordem funcional imprescindíveis para que a Justiça Eleitoral efetive o controle rigoroso e imparcial em todo processo de escolha dos representantes políticos.

Esse corpo de votantes apresenta suas primeiras contribuições à Justiça Eleitoral à medida em que este órgão do Poder Judiciário necessita do consórcio de terceiros a fim de realizar, com maior capacidade operativa, as atribuições que se limitam às matérias de natureza administrativa.

Desse modo, os aspectos peculiares que caracterizam sobremodo a Justiça Eleitoral têm por escopo assegurar a legitimidade do processo eleitoral, de maneira que esta Justiça especializada disponha de condições reais para executar as competências que lhes foram atribuídas mediante lei complementar¹⁶, com toda a versatilidade e presteza que cercam as suas atividades funcionais.

Assim é que, com a instituição do Código Eleitoral pela Lei N. 4.737, de 15.07.65, posteriormente atualizada pela Lei N. 9.504, de 30.09.97, onde estão elencadas todas as competências inerentes aos órgãos da Justiça Eleitoral¹⁷, tornou-se possível convocar a colaboração popular, com o escopo de também possibilitar ao povo a fiscalização do processo eletivo.

3.1. As juntas eleitorais e a ‘arregimentação popular’

Dentre os componentes da sistemática organizacional da Justiça Eleitoral, o que oferece uma dilatada margem de interatividade com os cidadãos, pelas funções levadas a efeito no âmbito das suas competências, é a Junta Eleitoral.¹⁸ Ao mesmo tempo que propicia a direta atuação do corpo eleitoral, constitui-se no órgão mais popular da organização hierárquica desta Justiça especializada, justamente pelo fato da maior proximidade com o povo.

A abertura ensejada à atuação popular tem início a partir da composição do seu quadro funcional, que compreende a nomeação pelo Tribunal Regional Eleitoral, de um magistrado e de dois ou quatro cidadãos comuns, conforme dispõe o art. 36, parágrafos 1º e 2º, do Código Eleitoral, exigido para estes últimos o requisito da notória idoneidade e verificados os impedimentos relacionados no § 3º do aludido artigo.¹⁹

A organização do processo eleitoral, portanto, reveste-se de ampla legitimidade fornecida duplamente pelo povo: aquela advinda indiretamente, através da Constituição Federal, relativa à investidura dos operadores do Direito, e a legitimidade confirmada e reforçada mediante contribuição direta dos cidadãos que atuam lado a lado com os Juizes Eleitorais, devidamente designados pelo órgão hierárquico superior às Juntas Eleitorais – o Tribunal Regional Eleitoral.

Esta notável participação mais tende a se elastecer quanto maior for o quantitativo de Juntas que integram a Zona Eleitoral, máxime se houver necessidade do seu desdobramento em turmas, pois mais cidadãos terão oportunidade de exercitarem a cidadania, pelo fato de que haverá ensejo para que o Presidente da Junta nomeie “*dentre*

cidadãos de notória idoneidade, escrutinadores e auxiliares em número capaz de atender à boa marcha dos trabalhos”, conforme dispõe o art. 38 do Código Eleitoral.

Acrescenta ainda os parágrafos 2º e 3º, que serão designados, dentre os escrutinadores, um secretário para cada turma, e um secretário-geral dotado de competência para: *“I – lavrar as atas; II – tomar por termo ou protocolar os recursos, neles funcionando como escrivão; III – totalizar os votos apurados.”*

Uma verdadeira “arregimentação popular” cuja atuação tem o condão de emprestar valioso lastro de legitimidade democrática à organização dos pleitos, propiciando elevado contributo à Justiça Eleitoral.

Convém salientar que nessa grandiosa contribuição dos indivíduos, inclui-se, como não poderia deixar de acontecer, a importante fiscalização dos partidos políticos, corroborada pelas disposições constantes do § 2º, do art. 36, do Código Eleitoral²⁰, oferecendo a sua parcela contributiva de modo a que o processo eleitoral transcorra com a fiel observância dos liames da legalidade e da legitimidade.

3.2. Sistema de controle e normalidade das eleições

Para o cumprimento dos seus desempenhos cívicos o corpo de votantes conta com as *garantias eleitorais*, que não se limitam apenas às funções eletivas, mas estendem-se às atividades de cunho deliberativo, abrangendo a ampla proteção em todos os pronunciamentos populares exigíveis para o legítimo funcionamento das instituições democráticas, referentes às participações diretas do povo.

Desde a acessível fase do alistamento, na qual se processa a formação do corpo eleitoral, são essas garantias plenamente efetivadas, estendendo-se a sua

aplicabilidade por todas as etapas do processo de eleições.

O sistema de controle das eleições, mantido sob a batuta imparcial e competente da Justiça Eleitoral, perfaz-se em essencial missão a ser cumprida pelos magistrados e demais operadores do Direito, contando com a contribuição do povo, qualquer cidadão, de forma passiva ou ativa, denunciando abusos atentatórios ao regular desempenho das atividades que garantam a manifestação da vontade política dos eleitores, e dessa forma ficando assegurada a busca da verdade eleitoral.

As garantias eleitorais encontram-se enfeixadas na Parte Quinta, Título I, arts. 234 a 239 do Código Eleitoral, sendo possível observar que nestes mencionados dispositivos a proteção jurisdicional buscou ordenar direitos fundamentais como a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de locomoção, como direitos mesmo decorrentes da liberdade de votar.

Vale destacar, que a competência jurisdicional para coibir constrangimentos de ordem física ou moral que afetem o eleitor, alcança o Presidente da Mesa Receptora de votos, quando da ausência demorada do Juiz Eleitoral (apenas compreendendo o lastro temporal do exercício da atividade para a qual foi temporariamente convocado), pelo que fica autorizado a conceder ordem de salvo-conduto, nos limites jurisdicionais a que está afeta a Seção, conforme consta do art. 235 do Código Eleitoral.

O mais interessante é que qualquer cidadão ou partido político pode participar dessa empreitada jurisdicional, noticiando o fato constrangedor, sendo que, além dessa, a participação do eleitor distende-se ao ato de execução do salvo-conduto, quando assim for designado por motivo de ausência do oficial de Justiça.

Porém, o alargado universo de condições e oportunidades do controle popular das eleições, na verdade não

se encontra tão elástico quanto deveria ser, pois exatamente no nefasto campo do abuso de poder econômico, onde os cidadãos mais se deparam com situações aviltantes que clamam por denúncias e urgentes providências jurisdicionais e administrativas da parte da Justiça Eleitoral, é aí precisamente que a contribuição do povo foi excluída, embora comporte denúncia.

À princípio, na esteira das garantias eleitorais, o art. 237 do Código Eleitoral consagrou o esquema de combate à força abusiva do poder econômico, bem como do abuso de autoridade²¹, além de viabilizar a contribuição de qualquer eleitor ou partido político para noticiar à autoridade judicial eleitoral competente, a ocorrência dessa forma abusiva de interferência, como enunciado nos parágrafos primeiro e segundo do aludido dispositivo.

Acontece, porém, que a Lei Complementar No. 64, de 18.05.90, prevista pelo § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, veio enfraquecer o princípio participativo ao arrancar do eleitor a legitimidade a ele atribuída pelo art. 237 do Código Eleitoral, negando pudesse noticiar abusivas interferências econômicas que pudessem macular a lisura dos pleitos.

Trata-se de um anacronismo legiferativo consubstanciado nos arts. 20 e 22²² da Lei Complementar No. 64/90, já com alterações trazidas por outra lei complementar, a de número 81/94.

As inovações trazidas pelos dois dispositivos acima referidos, numa atitude retrógrada face ao disposto no art. 237, do Código Eleitoral, constitui-se em restrição crassa ao princípio democrático, no qual encontra-se inserido o princípio participativo, pelo notado malefício causado às instituições representativas.

A omissão do cidadão incide nefastamente no teor de engrandecimento democrático, dificultando se

efetivem saudáveis manifestações oriundas das diversas camadas populacionais, notadamente quando o povo não encontra aberturas para prestar sua inafastável colaboração.

O sistema de controle e normalidade das eleições não pode e não deve ficar adstrito à fiscalização apenas dos magistrados, dos representantes do Ministério Público, dos candidatos e dos partidos, mas há uma necessidade premente de ampliação da participação popular, de forma que o controle se estenda a todo corpo de votantes em atuação.

Alerta **Tocqueville** que

(...) embora a forma do govêrno seja representativa, é evidente que as opiniões, os preconceitos, os interesses e mesmo as paixões do povo não podem encontrar obstáculos duráveis que lhes impeçam de se produzir na direção quotidiana da sociedade. ²³

De fato, os óbices criados pelo poder legiferante, jogando para escanteio a legítima contribuição dos cidadãos, abrem margem a que sejam investidos no poder político representantes maculados pelo germe da corrupção desde o seu processo de eletividade, por se terem permitido ceder à nefasta intromissão do desvio ou abuso de autoridade, ou ao exacerbado uso do poderio econômico.

A soberania do povo não pode sucumbir aos ditames emanados das produções legiferativas maquiadas pelo conteúdo da legalidade, mas amplamente desprovidas de elementos que suscitem a prática da legitimação democrática levada a efeito pelo povo.

Quando se trata de normas cujos aspectos teleológicos são canalizados para a busca do controle eficaz das eleições e das demais manifestações populares de natureza política, devem elas primar pelo predomínio

de elementos que conduzam à animosidade participativa popular.

4. A atividade jurisdicional eleitoral

A versatilidade da jurisdição eleitoral permite-lhe albergar a participação do povo nas suas duas vertentes, ambas de feição dialética: a de natureza política e a outra, de cunho jurídico.

A grandiosidade democrática que se concentra nesta singular área jurisdicional confere aos cidadãos o alargamento ímpar da aplicação do princípio participativo, com grande abertura à colaboração do povo com a Justiça Eleitoral.

A prerrogativa de imparcialidade inerente ao Poder Judiciário, que se constitui em garantia fundamental quanto à lisura dos seus julgados, em prol dos que postulam a prestação da tutela jurisdicional devida pelo Estado, afirma-se como fundamento para a escolha deste órgão como controlador do processo eleitoral.

Por essa exata razão, a jurisdição eleitoral veio infundir, na sistemática governamental, eleitoral e partidária, um nível de segurança que somente um poder neutro (no sentido de que seus membros não advêm de processo eletivo) poderia proporcionar.

As funções judicantes eleitorais estendem-se para além das atividades de cunho organizacional e operacional, sendo possível observar que a plena atuação jurisdicional concentra seus esforços em aplicar o Direito com isenção e equilíbrio, a partir das arguições de inelegibilidade, a admissão de novos partidos ao sistema partidário, a nulidade ou a invalidade de atos eleitorais, conforme o caso e a apuração de crimes eleitorais, dentre eles o de abuso de poder.

No que se refere a efetivação do registro de par-

tido político perante à Justiça Eleitoral, muito embora a Lei Orgânica dos Partidos Políticos tenha se excluído de abordá-la, tratou de fazê-lo o Código Eleitoral, atribuindo competências aos Tribunais Regionais para processar e julgar o registro ou cancelamento de registro de Diretórios Regionais e Municipais partidários²⁴, assim como ao Tribunal Superior Eleitoral cabe processar e julgar registros e cessação dos Diretórios Nacionais dos Partidos Políticos²⁵.

4.1. Das arguições de inelegibilidade

A bidimensionalidade contida na aquisição da capacidade política, traduzida na sua forma passiva, que consiste na legitimação para concorrer a cargos públicos (*jus honorum*), traz como pressuposta a condição de eleitor (forma ativa que se cristaliza com o exercício do sufrágio – *jus suffragii*), que por sua vez passa também a ser condição pressuposta objetiva para aqueles que almejam candidatar-se a cargos públicos, especificamente os de natureza política.

O § 3º, do art. 14, da Constituição Federal brasileira, elenca os requisitos de elegibilidade²⁶, enquanto o § 4º, do mesmo dispositivo declara que “*são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.*”

No entanto, é precisamente o § 9º do aludido artigo, que estabelece a necessidade de lei complementar a fim de regular outros casos de inelegibilidade, ampliativos aos constantes do § 4º, supra.

Daí o surgimento da Lei Complementar No. 64/90, que logo no art. 1º dispõe sobre as condições que impedem determinadas pessoas de concorrerem a cargos cuja investidura necessitam da participação popular direta.

A arguição de inelegibilidade é objeto de enfoque do art. 2º, onde se estabelece competência à Justiça Eleitoral para dela conhecer e decidir, no âmbito e de acordo com

a sua sistemática organizacional.

Infelizmente, o eleitor ficou mais uma vez excluído do rol de pessoas legitimadas a impugnação de candidatos, como é possível depreender da leitura do art. 3º, da Lei Complementar 64/90.²⁷

Portanto, ao povo, fonte legitimadora do poder político, a esse mesmo, não foi dada a oportunidade de apontar candidatos ao qual correspondesse condição, ou condições, de inelegibilidade.

Ora, o próprio art. 19²⁸ da supracitada Lei Complementar, bem poderia abrir ensejo a uma forma de participação popular que embora traduzida na exígua legitimidade em apenas noticiar atos abusivos do poder econômico ou político, pelo menos não abriria mão da presença contributiva do eleitor no sentido de defender a lisura do processo eleitoral.

Quanto ao desenrolar do feito, sob o aspecto da jurisdicionalidade, vale ressaltar que todo o processo desenvolve-se com fiel observância ao princípio do **due process of law**, sendo concedido ao candidato impugnado a ampla defesa, verificada em todas as fases e instâncias recursais, assim como vigora o princípio do contraditório desde o início da demanda eleitoral, ou seja, o candidato que teve questionada a sua elegibilidade, pode, já na peça contestatória, apresentar a sua defesa contraditando as imputações que lhe estão sendo apontadas.

O impugnado pode contar com a solidária colaboração do partido ou da coligação, dispondo para sua defesa de todos os meios de prova lícitas, tais como testemunhas, documentos, etc.

Ao impugnante é permitido arrolar até seis testemunhas, indicando, de início, os meios de prova com as quais pretenda corroborar a sua atitude acusatória.

Durante todo trâmite, atua o Ministério Público

como “*custos legis*”, ainda que tenha sido ele o impugnante.

A participação de terceiros acontece sob várias formas contributivas: por meio de depoimentos testemunhais, ou ainda como detentores de informações que possam ser fator de influências no conteúdo decisório²⁹, ou ainda para exibir documentos em seu poder.³⁰

A sentença prolatada reveste-se de toda fundamentação e motivação, de modo a atender disposições constantes do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Não se conformando a parte sucumbente com o conteúdo decisório emanado da autoridade jurisdicional eleitoral, ser-lhe-á facultativo por em prática o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, direcionando a peça recursal ao Tribunal Regional Eleitoral, onde também se dará a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa, com a devida fiscalização dos atos pelo Procurador Regional.

Após a ciência do acórdão, a parte insatisfeita poderá ainda interpor recurso ao Tribunal Superior Eleitoral.

Declarada a inelegibilidade, após o trânsito em julgado, poderão ocorrer as seguintes situações face ao candidato:

- a) terá negado o registro para a candidatura;
- b) será cancelado o registro, se já tiver sido feito;
- c) será anulado o diploma, caso tenha sido expedido.

Assim, após as devidas apurações pelo órgão jurisdicional eleitoral, da causa determinante de inelegibilidade, e assim declarada como tal, o pretense candidato, o candidato, ou o diplomado, será expurgado do acesso ao mandato a que aspirava.

Resta salientar, que a perda do *jus honorum* não implica em excluir o indivíduo do corpo eleitoral, posto que a sua condição de eleitor permanece inalterada, podendo livremente exercer a capacidade ativa, inerente ao poder de sufrágio.

Da mesma forma em que se processa a apuração de arguição de inelegibilidade, também a representação contra abuso ou desvio de autoridade ou abuso de poder de qualquer gênero segue o mesmo rito procedimental, com as participações do representante, do representado, e de terceiros.

4.2. A contribuição dos eleitores na apuração dos crimes eleitorais

A jurisdição eleitoral, no intuito de assegurar a participação genuína do povo no exercício do poder de sufrágio, cuida também em apurar e punir as atividades ilícitas que maculam o processo eleitoral.

Desse modo, a Justiça Eleitoral viabiliza a proteção à liberdade dos cidadãos mediante os *remedies* processuais instrumentalizados pelo *habeas corpus* e pelo mandado de segurança.

Portanto, a jurisdição eleitoral concederá o provimento do *habeas corpus* nos casos em que o eleitor sentir-se cerceado no seu direito de locomoção, tornando-se assim impossibilitado de exercer a cidadania.

Da mesma forma, qualquer cidadão/eleitor pode impetrar mandado de segurança no sentido de que lhe seja prestada tutela jurisdicional, em sede de ambiente eleitoral, para proteger direito líquido e certo, visando obstar ato abusivo por parte de autoridade pública.

Tem-se, assim, duas modalidades de instrumentos processuais que propiciam aos indivíduos o ingresso na jurisdição eleitoral, de maneira a constituir-se, também, em elemento contributivo no sentido de combater turbações ao processo eleitoral.

Será, portanto, no campo de atuação dessa jurisdição especializada que aos cidadãos caberá oportunidade para levar sua valiosa colaboração visando punir

infringências.

Com efeito, pelo menos quanto a esse tocante, a legislação eleitoral abriu margem a que o povo aponte os delitos cometidos pelos infratores, consagrando o artigo 356, do Código Eleitoral, que *“todo cidadão que tiver conhecimento de infração penal³¹ deste Código deverá comunicá-la ao juiz eleitoral da zona onde a mesma se verificou.”* (Gri-fou-se)

Esta *notitia criminis* tende a elastecer a participação do eleitor quando houver a necessidade de mais de dois indivíduos para testemunhar a ocorrência da conduta criminosa, em se tratando de comunicação verbal, de acordo com o disposto no § 1º, do aludido art. 356.

Ainda com relação ao processo das infrações no âmbito eleitoral, cabe ressaltar a contribuição dos eleitores no que concerne à provocação de representação contra o órgão do Ministério Público que omitir-se em denunciar a infração penal da qual tomou conhecimento através do cidadão/eleitor, arquivando-a.

Nesse caso, em omitindo-se também o magistrado, no tocante à comunicação da ausência de denúncia do Promotor ao Procurador Regional, reza o § 5º, do art. 357, do Código Eleitoral, que *“qualquer eleitor poderá provocar a representação contra o órgão do Ministério Público se o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, não agir de ofício.”*

Desse modo, ainda que se afigure o eleitor na condição de árbitro e não de parte, fica mais intensificada a sua atuação, aproximando-se mais do papel do juiz.

Aliás, a ampliação da participação popular no âmbito das atividades jurisdicionais que cuidam da apuração e punição das infrações eleitorais foi alvo de atenção do Projeto de Lei Complementar de No. 195, de 1994, apresentado ao Congresso Nacional pelo Deputado **Adylson Motta**, mas que infelizmente não logrou efetividade pelo fato

de que o final de legislatura comprometeu os debates, não sendo retomados na legislatura seguinte.

Com efeito, o § único, do art. 412³² do referido Projeto, assim dispõe: *“Pode ainda o cidadão assumir a iniciativa da ação penal, diante de comprovada omissão do representante do Ministério Público (...).”*

Vale salientar que a produção legislativa acima mencionada, não tivesse sido abortada ainda no Parlamento, repousaria condensada imensurável gama de reconhecimento às contribuições populares, e propiciaria, aí sim, a amplitude participativa na seara jurisdicional eleitoral, e mais ainda, o enriquecimento dos institutos democráticos que consagram a soberania popular.

II - Conclusão

Diante do exposto, pode-se verificar que a atividade jurisdicional eleitoral não se limita à ocasionalidade dos pleitos, mas é perdurável. E embora os magistrados e representantes do Ministério Público não possuam vinculação permanente com a Justiça Eleitoral, apenas dela fazendo parte, por prazo constitucionalmente delimitado,³³ isso em nada compromete o bom desempenho dos trabalhos judicantes levados a efeito por essa Justiça especializada.

Ao contrário, essa peculiaridade impede que o controle jurídico e administrativo que fica sob a responsabilidade das autoridades judicantes eleitorais, temporariamente investidas para esse mister, possam ser alvo de perniciosas influências políticas que possam obstar a eficiência do desempenho judicial.

O contributo dos magistrados e dos representantes do Ministério Público que atuam na Justiça Eleitoral constitui-se tarefa difícil, haja vista as investidas

atentatórias que infelizmente permeiam a esfera eleitoral, mormente na fase de maior efervescência pelas disputas aos cargos eletivos.

Muitos são os embates enfrentados pelos operadores do Direito, a começar pela lisura dos processos eleitorais quase sempre maculada por uma pluralidade de fatores que ocasionaram danos irremediáveis ao exercício da soberania, tais como as inserções de inconstitucionalidade de que são dotadas as leis que regulamentam os procedimentos eleitorais a cada pleito, as quais ao invés de ajudarem, são prejudiciais em sua maioria.

E como se não bastasse, leve-se em conta ainda a difícil apuração dos crimes tipificados pelo Direito Eleitoral como abuso de poder econômico e de autoridade, dando margem a que candidatos corruptos debilitem ainda mais o sistema representativo brasileiro, em atitudes afrontosas aos direitos do cidadão, fomentando descrenças do povo por essas mazelas políticas.

Assim é que, a efetiva participação dos magistrados tem também contribuído enormemente no sentido de ‘administrar’ o pleno exercício dos direitos políticos dos cidadãos, pelo combate árduo às investidas agressivas aos fundamentos da soberania e da cidadania.

III – Referências

BRITO, Maria Joseleide de Araujo. *A Inevitável Influência da Representação Popular no Sistema Federativo e Partidário*. In Revista da OAB/CE, Ano 27, No. 04, julho/dezembro, Editora ABC Fortaleza, Fortaleza/CE, 2000.

CORRÊA, Oscar Dias. *A Participação dos Cidadãos na Vida Política*. In Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel, Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Saraiva, São Paulo, 2.000.

FREUND, Julien. *Léssence du Politique*. Tradução livre,

Éditions Sirey, Paris, 1965.

RIBEIRO, Fávila. *O Direito Eleitoral e a Soberania Popular*. Revista THEMIS da Escola da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, Volume 3, No. 1, Fortaleza/Ce, 2000.

_____. *Direito Eleitoral*. 5ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Neil R. da Silva, Editora Itatiaia Ltda, Belo Horizonte, 1962.

Notas:

¹ ‘L’essence du Politique’. Tradução livre, Édition Sirey, Paris, 1965, p. 390.

² Ob. cit., p. 391.

³ BRITO, Maria Joseleide de Araujo. ‘A Inevitável Influência da Representação Popular no Sistema Federativo e Partidário’. In Revista da OAB/CE, Ano 27, No. 04, julho/dezembro, Editora ABC Fortaleza, Fortaleza/Ce, 2.000, págs. 339 a 357.

⁴ CF – Art. 61: “(...) – *Parágrafo Segundo*. *A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores se cada um deles.*”

⁵ *A Lei n. 9.709, de 08 de novembro de 1998, regulamenta os incisos I, II e III do art. 14, da Constituição Federal.*”

⁶ *O Direito Eleitoral e a Soberania Popular*. Revista THEMIS da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Volume 3, No. 1, Fortaleza/Ce, 2.000, p. 301.

⁷ *Direito Eleitoral*, ob. cit., p. 184.

⁸ CF – Art. 1º: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.*” (Grifou-se)

⁹ Ob. cit., p. 147.

¹⁰ CF – Art. 5º, inc. XVI: “*todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;*”

¹¹ Dispõe sobre partidos políticos e regulamenta os arts. 17 e 14, parágrafo terceiro, inciso V, da CF, a Lei N. 9.096, de 19.09.1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

¹² Ob. cit., p. 69.

¹³ Participação dos Cidadãos na Vida Política, in Estudos em Homenagem ao Min. Adhemar F. Maciel, ob. cit., p. 583/4.

¹⁴ CF – Art. 14 – (...) – “*Parágrafo Primeiro: O alistamento eleitoral e o voto são: I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II – facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Parágrafo Segundo: Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.*”

¹⁵ Código Eleitoral – Art. 66: “*É lícito aos partidos políticos, por seus delegados: I – acompanhar os processos de inscrição; II – promover a exclusão de qualquer eleitor inscrito ilegalmente e assumir a defesa do eleitor cuja exclusão esteja sendo promovida; III – examinar, sem perturbação do serviço e em presença dos servidores designados, os documentos relativos ao alistamento eleitoral, podendo deles tirar cópias ou fotocópias. (...).*”

¹⁶ CF – Art. 121: “*Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais.*”

¹⁷ CF – Art. 118: “*São órgãos da Justiça Eleitoral: I – o Tribunal Superior Eleitoral; II – os Tribunais Regionais Eleitorais; III – os Juizes Eleitorais; IV – as Juntas Eleitorais.*”

¹⁸ Código Eleitoral – Art. 40: “*Compete à Junta Eleitoral: I – apurar, no prazo de 10 (dez) dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; II – resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; III – expedir os boletins de apuração mencionados no art. 179; IV – expedir diploma aos eleitos para cargos municipais. (...).*”

¹⁹ Código Eleitoral – Art. 36 – Parágrafo 3º: “*Não podem ser nomeados membros das Juntas, escrutinadores ou auxiliares: I – os candidatos e seus parentes, ainda que por afinidade, até o segundo grau, inclusive, e bem assim o cônjuge; II – os membros de diretórios de partidos políticos devidamente*

registrados e cujos nomes tenham sido oficialmente publicados; III – as autoridades e agentes policiais, bem como os funcionários no desempenho de cargos de confiança do Executivo.”

²⁰ Código Eleitoral – Art. 36 – Parágrafo 2º: “*Até 10 (dez) dias antes da nomeação os nomes das pessoas indicadas para compor as Juntas serão publicados no órgão oficial do Estado, podendo **qualquer partido**, no prazo de 3 (três) dias, em petição fundamentada, impugnar as indicações.*” (Grifou-se)

²¹ C. E. – Art. 237: “*A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão colhidos e punidos. § 1º: O eleitor é parte legítima para denunciar os culpados e promover-lhes a responsabilidade (...); § 2º: Qualquer eleitor ou partido político poderá se dirigir ao Corregedor Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, e pedir abertura de investigação para apurar ato indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato ou de partido político; (...).*”

²² L. C. 64/90 – Art. 20: “*O candidato, Partido político ou coligação são parte legítima para denunciar os culpados e promover-lhes a responsabilidade(...); Art. 22: “Qualquer Partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor- Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de Partido político, (...).*”

²³ Ob. cit., p. 135.

²⁴ Código Eleitoral – Art. 29: “*Compete aos Tribunais Regionais: I – processar e julgar originariamente: a) o registro e cancelamento do registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como de candidatos a Governador, Vice-Governadores, e membro do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas. (...)*”

²⁵ Código Eleitoral – Art. 22: “*Compete ao Tribunal Superior: I – processar e julgar originariamente: a) o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e Vice-Presidência da República. (...)*”

²⁶ CF – Art. 14 – Parágrafo 3º: “*São condições de elegibilidade, na forma da lei: I – a nacionalidade brasileira; II – o pleno exercício dos direitos políticos; III – o alistamento eleitoral; IV – o domicílio eleitoral na circunscrição; V – a filiação partidária; VI – a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para*

Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito do Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.”

²⁷ LC 64/90 – Art. 3º: “*Caberá a qualquer candidato, a Partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.*”

²⁸ LC 64/90 – Art. 19: “*As transgressões pertinentes a origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, , serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.*”

²⁹ LC 64/90- Art. 5º - Parágrafo 3º: “*No prazo do parágrafo anterior, o Juiz, ou o Relator, poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão da causa.*”

³⁰ LC 64/90 – Art. 5º - Parágrafo 4º: “*Quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, o Juiz, ou o Relator, poderá ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito.*”

³¹ Evidentemente, os crimes cometidos referem-se à condutas delitivas que caracterizam atentados à boa ordem do processo eleitoral.

³² Projeto de Lei Complementar No. 195, de 1994, Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília, 1994, p. 106.

³³ CF – Art. 121 – Parágrafo 2º: “*O s juizes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.*”

IMPACTO AMBIENTAL: VISÃO ÉTICA E JURÍDICA¹

Moisés Ferreira Diniz

Estudante de Direito

Bolsista de Iniciação à Pesquisa (Faculdade Christus)

RESUMO

A humanidade atravessa um momento de profundo avanço científico, constatando-se supervalorização do método científico e das conquistas tecnológicas por um lado, e, por outro, um atrofiamento e desprezo da abordagem ética humana. O paradigma cartesiano levou-nos a uma relação homem-natureza caracterizada pela dominação, destruição e não por uma convivência harmônica. A ação descontrolada e inconseqüente em relação ao uso da natureza e a certeza de que se trata de fonte esgotável provocam terríveis desequilíbrios e atraem para a necessidade de construção de uma ética universal capaz de frear e repensar o paradigma existente. Partindo de pensadores como Fritjof Capra, em *O Ponto de Mutação*, Karl-Otto Apel, em *Estudos de Moral Moderna* e Hans Jonas, tenta-se buscar um paradigma mais ecológico e holístico, propiciando uma dimensão ética e filosófica do problema do impacto ambiental. Há de focar-se, ainda, o importante surgimento e papel do Direito Ambiental na contribuição dessa nova ética, um novo ramo do Direito que nos últimos trinta anos vem se tornando muito atuante e se expandindo de forma surpreendente no ordenamento jurídico nacional e internacional. A contribuição do Direito Ambiental é indiscutível, pois através de regras e princípios, vem exercendo uma influência na consciência social, lutando por

¹ Artigo elaborado como resultado final de pesquisa de iniciação científica financiada pela Faculdade Christus e sob a orientação do Prof. M. Sc. Flávio José Moreira Gonçalves

um planeta mais consciente, onde as ações não sejam destruidoras de uma futura possibilidade de vida humana, o que faz tentar transmitir uma mudança de postura em vários âmbitos, desde de mais simples atitudes, como a separação e reciclagem do lixo, até as mais complexas como políticas de emissão de Dióxido de Carbono (CO₂) e incentivo ao uso de energia solar, que é fonte de energia abundante, renovável e ambientalmente benigna, tudo para possibilitar uma nova relação homem-natureza e um desenvolvimento sustentável num “ambiente ecologicamente equilibrado”, como dispõe nossa Constituição Federal. Para atingir tais objetivos, o estudo e efetivação de instrumentos como o EIA (Estudo de Impacto Ambiental) e o RIMA (Relatório de Impacto Ambiental) revelam-se imprescindíveis.

Palavras-chave: Paradigma Mecanicista. Abordagem Ecológica. Relação Homem-Natureza. Impacto Ambiental. Ética. Direito Ambiental.

1 INTRODUÇÃO

Herdamos uma visão de mundo que hoje se revela totalmente obsoleta. A partir de René Descartes o homem passou a ver a natureza como um mero objeto de dominação e exploração. Através da análise dos estudos realizados de forma fragmentada e mecânica por Descartes, pretende-se demonstrar a sua influência nos vários ramos do conhecimento, expondo os aspectos positivos e principalmente os negativos que perduram até os nossos tempos atuais.

É importante demonstrar como essa visão de mundo influiu na relação homem-natureza, e de como ela ainda domina nosso atual sistema de conhecimento. Áreas

como a medicina, psicologia, biologia, educação, economia, direito etc, todas herdaram a concepção do paradigma cartesiano. Então, primeiramente, é de suma importância tentar explicar como o paradigma proposto por René Descartes se firmou nessas ciências e quais as conseqüências trazidas por ele e, principalmente, colocar a natureza nesse contexto e de como ela foi prejudicada a partir dessa visão de mundo.

Após essas colocações buscaremos examinar quais as perspectivas de superação do pensamento acima exposto, qual a importância de uma ética que resgate valores de harmonia com a natureza e estabeleça critérios para uma conscientização na preservação do meio ambiente, visto a grande necessidade e urgência de medidas que consigam frear essa mentalidade humana consumista e violenta perante os recursos naturais que ainda nos restam.

Superada toda essa fase teórica, entraremos na fase prática. Tentaremos demonstrar documentos e dispositivos jurídicos nacionais e internacionais existentes que já tentam controlar a ação do homem frente à natureza. Verificar o ramo do Direito Ambiental, apontando a sua importância e possíveis falhas no ordenamento jurídico que muitas vezes inviabilizam a consecução de medidas jurídicas adequadas do ponto de vista ético e jurídico que sejam capazes de prever e prevenir os impactos ambientais negativos.

2 MATERIAL E MÉTODOS

A pesquisa que empreendemos utilizou-se de material constante de livros, revistas, jornais e internet. Foram realizadas também entrevistas com profissionais de diversas áreas do conhecimento e visita a locais da cidade de

Fortaleza impactados positiva e negativamente.

A pesquisa foi o resultado de levantamento bibliográfico, leitura e fichamento dos livros e revistas indicados pelo orientador durante um ano. Os resultados foram apresentados em encontros científicos da UECE (Universidade Estadual do Ceará) e I Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência da Faculdade Christus em 2004.2, sob a forma de poster, valendo-se de banners confeccionados especificamente para este fim.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 O QUE É O PARADIGMA CARTESIANO

Antes de começar a conceituar o paradigma cartesiano gostaríamos de tentar esclarecer o que é paradigma. Thomas Kuhn bem expõe: “Considero paradigmas as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.¹

Entendemos por paradigma um modelo, padrão estabelecido em que se encontram soluções para problemas surgidos em determinado momento histórico, trata-se de um modo de ver o mundo que serve de fundamento para a construção das teorias científicas.

O paradigma cartesiano ou mecanicista, como veremos adiante, está presente entre nós há séculos e ainda domina o nosso sistema atual de conhecimento. Sempre foi objetivo de Descartes fundar uma nova ciência, um novo sistema do saber que viesse a substituir o antigo.

René Descartes, filósofo e matemático, nasceu em La Haye, França, em 1596 e faleceu em Estocolmo na Suécia, em 1650. A partir de sonhos interpretados por ele mesmo, Descartes pensou que tinha a missão de reunir todo

o conhecimento humano numa ciência única, toda constituída de certezas universais.

Sua obra mais famosa, *Discurso do Método*, é um tratado de ciência onde expõe um método que possibilita o alcance da verdade. Nela, descreve um meio mais eficiente de se chegar ao conhecimento, diferente do exposto pela lógica aristotélica.

Ocupou-se de várias áreas do conhecimento como a medicina, geometria e a metafísica, se ocupando muito com os problemas da interação do corpo com a mente, buscando explicações mecânicas que pudessem esclarecer o assunto. Descartes entende a filosofia “como uma grande árvore cujas as raízes são a metafísica, o tronco é a física e os ramos que saem deste tronco são todas as outras ciências, que se reduzem a três principais, a saber, a medicina, a mecânica e a moral.”²

Descartes imaginou um mundo que poderia ser descoberto por meio da dúvida e não somente explicado, como era até então, pela Igreja. A dúvida levaria o homem ao alcance da certeza, o que o levou a adotar o método dos céticos para contestá-los. A certeza da sua própria existência já refutava as concepções dos céticos. Tal certeza se refutava quando ele chegou a uma conclusão da qual ele não poderia duvidar: a existência de si mesmo como um ser pensante. Daí vem a sua famosa frase “*Cogito, ergo sum*” (Penso, logo existo). Nesta afirmação, Descartes deduz que a razão de sua existência está no próprio pensamento. Passou a privilegiar a mente, negando o corpo.

A mais notória herança deixada por Descartes para nós, considerando o assunto aqui tratado, foi a sua forma fragmentada de ver o mundo. Alegava que a especialização traria uma maior facilidade de se chegar à

verdade. Eis o teor de sua proposta metodológica básica:

Conduzir por ordem meus pensamentos começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo certa ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. (Regra da ordem ou da dedução).³

3.2 COMO O PARADIGMA CARTESIANO COMPREENDE A NATUREZA

Podemos também classificar o paradigma cartesiano como paradigma mecanicista devido a aplicação das regras da mecânica à natureza feita por Descartes.

Com seu pensamento fragmentário, Descartes reforçou a separação platônica do homem em corpo e alma. A grande diferença entre ambos, corpo e alma, é que o corpo será sempre divisível, enquanto o espírito completamente indivisível. O corpo humano era parte da natureza, os sensores corpóreos tinham uma relação com a natureza, assim como acontecia com os animais. O homem, entretanto, tinha que ter o espírito prevenido, pois a natureza poderia ser captada pelo corpo e reproduzida de forma errada para a alma. A razão humana deveria bem conhecer a natureza para não ser enganada por ela. Vejamos como Descartes entende essa relação do homem com a natureza:

Não conhecendo ainda, ou melhor, fingindo não conhecer o autor de meu ser, nada via que pudesse impedir que eu fosse feito tal pela

natureza que me enganasse mesmo nas coisas que me pareciam as mais verdadeiras. Como a natureza parecia levar-me a muitas coisas de que a razão me desviava, não acreditava dever confiar muito nos ensinamentos desta natureza.⁴

Descartes não concebe o corpo como um todo e sim como a reunião de partes. Comparou o homem com um relógio: uma pessoa saudável seria um relógio bem constituído, sem defeitos. Um corpo doente assemelhar-se-ia a um relógio com defeito, onde as partes seriam examinadas e, encontrado o defeito, seria possível tratar diretamente do ponto causador do problema, curando assim a doença, fazendo o relógio funcionar normalmente.

O paradigma mecanicista também considerou a natureza um grande relógio, onde Deus seria o grande relojoeiro. A natureza poderia ser desmontada, reduzida a peças simples e fáceis de entender. Somente a partir dessa análise, será possível entender o todo. Diferentemente do pensamento teológico, onde o homem era simples participante da natureza, passou a pensar a natureza como uma máquina que deve ser estudada, explorada e entendida, induzindo o homem a considerar a natureza como mero objeto de pesquisa e manipulação.

O mundo percebido como um mecanismo composto de várias partes trouxe inúmeras conseqüências à humanidade. Essa visão mecanicista e fragmentária da natureza e do próprio homem propagou-se entre os vários ramos da ciência e ainda se encontra presente ente nós, inclusive na ciência jurídica. Adiante veremos a conseqüências advindas deste paradigma e a necessidade de mudá-lo.

3.3 AS CONSEQÜÊNCIAS DO PARADIGMA CARTESIANO: TEÓRICAS E PRÁTICAS.

Esse modo fragmentado do homem enxergar a si mesmo trouxe profundas mudanças no estudo da natureza e no estudo da própria espécie humana. O pensamento cartesiano com seu método de estudo trouxe, sem dúvida, enormes benefícios à ciência, com inúmeras contribuições à humanidade, proporcionando descobertas surpreendentes. Mas, em contrapartida, levou-nos a um modo de viver totalmente separado de nós mesmos e da natureza.

O pensamento ocidental passou a ver o homem sob dois aspectos: o corpo e a mente. Essa visão especializada e fragmentada gerou duas correntes diferentes na ciência do homem, uma especializada em cada parte da divisão cartesiana. Neste sentido expõe Edna Cardoso:

O saber fragmentado resultou numa sociedade fragmentada e profundamente dualista. Separa o homem da natureza, o homem da mulher, o corpo do espírito, o sexo da afetividade. Essa estrutura social fragmentada gerou um mundo violento e competitivo. Reinam em nossa sociedade a violência armada, a violência química, a violência energética, a violência alimentar, a violência sobre o meio ambiente.⁵

O modelo biomédico foi uma grande vítima do paradigma cartesiano. A medicina passou a pensar o paciente como mero cliente. Desprezou a mente e deu ênfase somente a parte física do homem, deixando de lado a situação social, espiritual e ambiental do paciente. O corpo

passou a ser visto como um relógio e a doença como a parte defeituosa. Para o atual modelo médico basta ir ao ponto em que se encontra o defeito, aplicar corretamente o remédio e liberar o paciente para voltar à sua casa com seus problemas psicológicos e sociais. A cura não é somente o desaparecimento da doença, e sim o estado saudável da pessoa. A OMS (Organização Mundial da Saúde), entretanto, já assinala bem a definição holística de saúde: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doenças ou enfermidades”.⁶

A psicologia também seguiu as regras do paradigma cartesiano, esqueceu que o homem possuía um corpo e se propôs a estudar somente a mente. A imagem do paciente deitado em um divã sem fazer nenhum movimento físico, exercendo somente a atividade mental, se tornou bem típica das ciências desta área. Isto dificultou extremamente o entendimento de como a mente e o corpo interagem mutuamente. “A psicoterapia freudiana negligencia o corpo, tal como a terapia médica negligencia a mente”.⁷

A biologia passou a ver os animais como simples objetos de pesquisa. Passou a usar constantemente animais em experiências torturantes, usando experimentos psicológicos e físicos. As universidades e as instituições de pesquisa usam animais como hamsters, coelhos, gatos, macacos etc, torturando-os em nome da ciência, e acabam justificando a utilização indiscriminada destes animais pela indústria da moda e da vaidade. Essas experiências, em grande parte, totalmente desnecessárias, servem muitas vezes para realizar o desejo de poucos, como a fabricação de casacos de peles, cosméticos e outros produtos que não justificam tais ações.

Vivenciamos hoje uma total crise no sistema educacional. A escolha de uma profissão não se relaciona

com a aptidão pessoal de cada um, e sim com o seu desempenho escolar e com o status e o salário que certa profissão irá proporcionar. No Brasil, estabeleceu-se o vestibular como medidor de capacidade e porta de entrada para as universidades brasileiras. Os alunos passaram a ver a educação como um processo mecânico, sem ter, muitas vezes, conhecimento da aplicação prática do conteúdo que é “jogado” para ele nas vésperas do exame. O ensino passou a ser extremamente fragmentado e especializado, formando pessoas altamente técnicas, individualistas e competitivas.

O trabalho sempre foi sinônimo de relação entre o homem e a natureza. Ele transforma a natureza na medida em que também sofre transformações. Dono das ferramentas e da própria força de trabalho, o artesão dominava todas as etapas do processo produtivo, desde a preparação da matéria-prima até o acabamento do bem produzido. Antes cabia a um único homem todo o conhecimento e responsabilidade sobre a produção. A visão mecanicista legitimou mais ainda o pensamento platônico de divisão de funções e a separação entre trabalho manual e trabalho intelectual. Caberia a partir daí aos menos favorecidos economicamente exercer funções manuais e, aos mais favorecidos intelectual e economicamente, liderar e dar ordens. Após a 1ª Revolução Industrial esse pensamento tornou-se totalmente presente. O homem passou a ser visto como uma máquina e foi submetido a árduas horas de trabalho. No trabalho em série, intensificado mais ainda com o taylorismo, colocou-se em prática a concepção que Descartes tinha do corpo humano como uma simples máquina. A visão do homem como mera mercadoria, incrementada pela expansão do modo de produção capitalista, provocou uma ruptura na relação do patrão com o empregado, o valor financeiro e a importância (o *status*)

dada pela sociedade àquela função passaram a determinar a escolha da profissão. O “profissionalismo” visto como sinônimo de seriedade afastou qualquer relação amistosa. Todo esse cenário trouxe inúmeras conseqüências como uma queda na qualidade do serviço prestado e o surgimento de pessoas infelizes com a sua função desempenhada dentro da sociedade.

A economia, antes um sistema justificado somente pela necessidade da troca, passou a existir como uma área independente, justificada por si mesma. A economia se tornou tão forte, que o homem passou a considerá-la mais relevante que a própria natureza. Os sistemas econômicos vêm sacrificando todos os seus recursos possíveis em nome do crescimento econômico. O pensamento econômico atual é totalmente antiecológico e contra a vida. O capitalismo, com sua economia global, deu a oportunidade para poucas empresas monopolizar todo o mercado mundial. Hoje vivemos dominados por poucos empresários e políticos que destroem a natureza visando vantagens exclusivamente financeiras e gerando desigualdade e miséria. Pois como assinala Castells “apesar de uma paisagem social e cultural altamente diversificada, pela primeira vez na história o mundo inteiro está organizado em torno de um conjunto mais ou menos comum de regras econômicas”.⁸

A ciência e a tecnologia projetaram suas prioridades para a economia, pensando de acordo com a necessidade do mercado e deixando para segundo plano contribuições de caráter social e humanitário. O homem em nome da ciência foi levado a praticar atos horríveis contra a natureza e contra a própria humanidade. As políticas se voltaram todas para o âmbito econômico, acompanhadas de ações beligerantes que dão pouca ou quase nenhuma importância às políticas de caráter humanitário. Essa opção

de prioridades vem contribuindo para o aumento da pobreza, da fome e da guerra.

A tecnologia e a ciência se desenvolveram de forma surpreendente. A robótica, a comunicação, a engenharia genética entre outras áreas atingiram patamares inimagináveis de progresso. Mas, em contrapartida, o homem passou a fazer ciência pelo simples fazer, de forma pouco crítica e consciente quanto a seus riscos. Esse progresso conferiu ao homem, pela primeira vez na história da humanidade, o poder de destruir todo o planeta facilmente. A doentia luta entre as nações pelo poder levou ao grande desenvolvimento armamentista e a criação de uma das maiores ameaças da espécie humana e de todo o planeta, a bomba atômica. Os cientistas são incentivados a estudar e criar somente aquilo que é de interesse dos governos, sem levar em conta as conseqüências que podem trazer certas descobertas. Atualmente, a tecnologia desenvolvida para aumentar a velocidade de um avião pode ser usada para aumentar a velocidade de um míssil e quase sempre a escolha recai sobre a segunda opção.

O padrão de vida humano passou a ser visto sob a ótica do sistema materialista. A economia e a tecnologia imaginaram um crescimento ilimitado e esqueceram que o meio ambiente é finito e que a escassez pode levar a um desastre. O Brasil, por exemplo, é um grande exportador mundial de grãos, enquanto uma grande parcela da sua população passa fome.

Notamos então uma supervalorização do método científico e grande consideração às conquistas tecnológicas e a “saúde econômica” por um lado, e por outro, um atrofiamento e desprezo da abordagem ética, propriamente humana. O homem esqueceu, ou não quis reconhecer, que depende da natureza e que está também ligado à teia da vida, junto com todos os outros seres vivos. Desprezou a

visão do globo como um organismo auto-organizador, tentando desligar-se do ambiente natural ao qual pertence. Passamos a considerar o mundo como uma máquina dotada de partes, e que somente serviriam aquelas que estivessem em acordo com seus interesses, e não uma relação de cooperação e interdependência. Fritjof Capra bem conceitua a atual relação do homem com a natureza que tentamos expor:

O darwinismo social passou a ver a vida exclusivamente em termos de competição, luta e destruição. A concepção que eles tinham ajudou a criar uma filosofia que legitima a exploração e o impacto desastroso de nossa tecnologia sobre o meio ambiente natural.⁹

3.3 MEIO AMBIENTE E IMPACTO AMBIENTAL: CONCEITO, ASPECTOS E SITUAÇÃO ATUAL

Meio é o contexto, ou espaço onde se desenvolvem determinadas atividades. “Um ambiente no qual se realizam certos fenômenos”.¹⁰ Ambiente significa a roda, a esfera em que vivemos. “Ambiente é o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos e as coisas. Ambiente pode ser expresso como um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial”.¹¹ Tratam-se de palavras iguais com diferentes significados. Meio Ambiente ou ecossistema, eco que vem do *eikos*, que significa “casa”, e sistema significa “combinação de partes de modo que concorram para um certo resultado”¹², é então uma morada onde os moradores se combinam numa relação de cooperação e interdependência visando a manutenção

do equilíbrio e da vida.

A definição jurídica de Meio Ambiente vem expressa em nosso ordenamento jurídico no art. 3º, I, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), qual traz a seguinte definição: “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Impacto significa colisão, choque.¹³ A palavra impacto é sinônimo de força, violência. Percebendo que estamos cercados pelos seres vivos juntamente com o meio abiótico, e que fazemos parte desses seres vivos, onde todos esses componentes estão interligados por uma relação de interdependência e cooperação, poderíamos dizer que impacto ambiental é toda mudança ocorrida, grande ou pequena, positiva ou negativa, ocasionada por uma ação ou atividade, sobre o meio biótico e abiótico.

Impacto ambiental pode ser definido como o conjunto de conseqüências da criação ou presença de um empreendimento sobre o ambiente ou o conjunto de repercussões e das conseqüências que uma nova atividade ou nova obra, quer pública ou privada, possa ocasionar ao meio ambiente físico com todos os seus componentes (segurança do território) e às condições de vida da população (qualidade de vida).¹⁴

O Art. 1º da Resolução 1 de 23.1.1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA – vem

trazendo a definição jurídica de impacto ambiental como:

Qualquer alteração das propriedades físicas ou químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais.¹⁵

Foi com a Revolução Industrial que as agressões contra a natureza se tornaram mais notáveis, mas eram bem aceitas, pois o crescimento econômico e o progresso justificavam toda a ação de agentes destruidores da natureza, tornando-se um mal necessário. Com o passar dos anos, os problemas ficaram mais notáveis e começamos a perceber que o ambiente estava se desgastando e que a natureza estava sendo alterada.

Um dos episódios de desastre natural mais sérios ocorreu em 1952, quando um intenso nevoeiro foi responsável por cerca de 4 mil mortes e mais de 20 mil casos de doença. Tais fatos levaram a aprovação da “Lei do Ar Puro” da Inglaterra em 1956, quando foram estabelecidos limites para emissão de poluentes e os níveis aceitáveis de qualidade do ar.¹⁶ A partir daí surgiram mais problemas e juntamente com esses problemas surgiram mecanismos de combate à destruição da biosfera e programas de preservação do meio ambiente. O homem se deu conta que

ele também faz parte da natureza e que a existência da sua espécie depende da existência dela, percebendo que ele e a natureza não são como partes separadas e independentes, mas há uma relação de interdependência e até identidade.

Passaremos a citar e explicar brevemente alguns dos principais problemas ambientais enfrentados pela sociedade global atual como o buraco de ozônio, o efeito estufa, a chuva ácida, o destino das florestas tropicais, a biodiversidade, a escassez da água e a poluição marítima.

a) o buraco de ozônio

Problema que tem se agravado no último século, devido ao desenvolvimento industrial, é consequência da utilização de produtos que emitem clorofluorcarbono (CFC), um gás que ao atingir a camada de ozônio destrói as moléculas que a formam (O₃), causando assim a destruição dessa camada da atmosfera. Sem essa camada, a incidência de raios ultravioletas nocivos à Terra fica sensivelmente maior, aumentando as chances de contração de câncer e de doenças como a catarata.

b) o efeito estufa

É causado pelo desmatamento e a poluição de indústrias e a queima do petróleo que liberam gases que se acumulam formando uma camada na atmosfera que impede a saída e a troca de calor elevando a temperatura média da Terra e causando efeitos já percebidos, como o derretimento das calotas polares, elevação do nível do mar, tempestades, chuvas mais frequentes e ressecamento do solo.

c) a chuva ácida

Os responsáveis por ela são o anidrido sulfuroso e os óxidos de nitrogênio produzidos durante a queima de combustíveis fósseis. Absorvidos pelas gotículas de água que formam as nuvens, esses gases serão convertidos em ácidos sulfúrico e nítrico, finalmente vindo a precipitar-se em

forma de chuva ácida.¹⁷ Quando a chuva ácida cai em lagos mata peixes, insetos, plantas e outras formas de vida.

d) o destino das florestas tropicais

São consumidos hectares e mais hectares de florestas de forma totalmente inseqüente por madeireiros, agricultores, fazendeiros entre outros, alterando todo o equilíbrio local, trazendo prejuízos como a diminuição da biodiversidade, alteração da produção de oxigênio, contribuindo para o efeito estufa; o enfraquecimento do solo; o desrespeito pela cultura indígena e até pela beleza natural

e) escassez da água

Causada pela sua poluição, como derramamentos de esgotos, lixo, resíduos agrotóxicos e industriais e pelo seu consumo crescente ocorrido pelo o aumento da população mundial e pelo desperdício, a escassez de água provocada pela poluição e o esgotamento das reservas aquíferas é um dos mais graves problemas ambientais e ameaça a sobrevivência da humanidade

f) a poluição marítima

É causada pelo derramamento de petróleo por acidentes com navios petroleiros e pela água usada na lavagem destes navios, pois a mancha do petróleo bloqueia a passagem de luz solar, afetando a fotossíntese, impedindo as trocas de gases entre a água e o ar, prejudicando também animais aquáticos, matando-os por asfixia ou intoxicação. Existe também a poluição marítima causada pelo despejo de lixo humano no mar.

g) biodiversidade

Pode ser entendida como o conjunto de espécies vivas do planeta, sua variabilidade genética e seus ecossistemas, e é considerada essencial para a manutenção do equilíbrio dos meios naturais, e sua deterioração pode ter conseqüências extremamente graves. Existe ainda o problema da biopirataria e da patente de produtos naturais.

Espécies raras são retiradas de seu ambiente natural e vendidas para serem criadas em cativeiros, devido a sua beleza, ou usadas para pesquisas e experiências. Já se sabe que a retirada de uma espécie do seu *habitat* pode afetar seriamente todos os elos da cadeia alimentar local. O outro problema citado acima, da patente de produtos naturais, é ainda mais grave, pois envolve, além da própria natureza, condições sociais. A quem pertence o banco farmacêutico natural? A nação onde teve sua origem ou à empresa que desenvolveu a tecnologia para sua exploração? Quais as conseqüências desse domínio?

O meio ambiente vem sendo continuamente agredido, várias pesquisas mostram como o homem vem tratando a natureza. A situação atual do nosso ecossistema se encontra em estado de profunda ameaça.

Segundo estimativas, entre 1500 – 1850 foi presumivelmente eliminada uma espécie a cada dez anos. Entre 1850 e 1950, uma espécie por ano. Na década de 90 uma espécie por dia.¹⁸ Se continuarmos neste ritmo a situação natural do planeta será levada ao caos. Por isso se aceita cada vez mais que a questão da preservação natural é caso de vida ou morte, necessitando com a urgência de uma administração prudente dos recursos naturais. Vejamos alguns números e estatística que demonstram o estado atual do nosso planeta:

O Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD), o Banco Mundial, o Instituto de Recursos Mundiais e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) fizeram um balanço da atual situação ambiental e os números são alarmantes. A metade da terra úmida do planeta

foi perdida no último século, a degradação do solo afeta 2/3 das terras mundiais de agricultura nos últimos 50 anos, 30% das florestas originais do planeta foram convertidos para uso agrícola, desde 1980 a economia global triplicou de tamanho e a população aumentou 30%, atingindo 6 bilhões de habitantes, 20% dos peixes de águas limpas no mundo estão extintos, ameaçados ou em perigo de extinção.¹⁹

Vejamos outros dados que também tratam do tema:

Entre 6% e 14% de todas as espécies de aves podem desaparecer até 2100, e 25% correm risco de extinção, alerta o estudo de um grupo de biólogos norte-americanos. A temperatura do planeta aumenta a cada ano. Segundo dados oficiais da China, 7% das geleiras do país estão derretendo anualmente pelo efeito do Sol. Um dos maiores especialistas chineses em geleiras, Yan Tandong, assegurou que 64% das geleiras do país podem derreter até 2050 se a tendência de aquecimento continuar. Em menos de dez anos, é possível que o

aquecimento global chegue a um ponto irreversível. É o que diz um relatório internacional sobre o problema que causa secas, maus resultados agrícolas e falta de água, citado pelo jornal “The Independent”. As conseqüências serão secas mais fortes, falta de água, desaparecimento de florestas, dificuldades na agricultura, alta do nível dos mares e intensificação das doenças, segundo o jornal.²⁰

Outro ponto bastante debatido entre os ambientalistas atuais é a biotecnologia. A Convenção da Biodiversidade define: “Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utiliza sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”.²¹ Seria a entrada do desenvolvimento tecnológico nas biociências, criando a Engenharia Genética, envolvendo a manipulação de informações genéticas. Permite que os cientistas transfiram genes entre espécies que jamais se cruzariam naturalmente – criando, por exemplo, um coelho com genes de águas-vivas, o que permite que o animal brilhe ao receber luz ultravioleta.

A Engenharia Genética permitiu que se criassem espécies de plantas mais resistentes a insetos e outros tipos de predadores, possibilitando um grande aumento na produção de alimentos geneticamente modificados. Um dos grandes problemas da biotecnologia é a alteração do meio pela introdução de organismos diferentes no meio ambiente natural. Infelizmente muitas

dessas alterações não têm caráter social e são totalmente inconseqüentes, atendendo a objetivos puramente econômicos. Animais estão sendo modificados somente para o divertimento de poucos ou para o crescimento econômico de empresas e políticas de desenvolvimento, sem medir conseqüências ecológicas. Por isso, a nossa preocupação em classificar o avanço irrefletido da biotecnologia como um possível problema de impacto ambiental.

Então, como vimos, o homem não tem a mesma liberdade de manipular a natureza como tinha antes da Revolução Industrial. Hoje, a sociedade global encontra-se numa época muito delicada, devendo medir cuidadosamente cada ação que possa vir a alterar o nosso meio ambiente. Kloetzel Kurt alerta bem para o problema ambiental:

Chegamos ao século XX e de repente nos damos conta de que o mundo encolheu. Não contamos mais com espaço para manobra, continentes a explorar, povos passivos e ingênuos a ponto de nos entregar suas terras e riquezas. Passamos a observá-lo com atenção redobrada. Nasceu, assim, a tão recente consciência ecológica – cuidar do meio ambiente passou a ser um imperativo categórico.²²

3.4 A CRISE E A PERSPECTIVA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA MECANICISTA.

A humanidade encontra-se em uma crise sem

precedentes, a violência política, a violência armada, a fome e a miséria, o rápido crescimento da população mundial, a crise energética, crise na saúde, a escassez e a violência à natureza, desastres naturais, o superaquecimento, guerras religiosas, crise na educação, o aumento do desemprego, a luta e a competição no mercado de trabalho entre outros problemas dos quais pensamos se tratarem todos de problemas interligados, são várias crises advindas de uma só crise, a crise de percepção. Tentaremos aqui expor sobre tal crise e suas perspectivas de superação e mudanças.

Principalmente a partir da Revolução Científica no século XVII e da Revolução Industrial no século XVIII a humanidade passou e vem passando por profundas mudanças. Os acontecimentos passaram a ocorrer de forma muito rápida: o homem se aperfeiçoou na área da informação e hoje podemos saber as notícias do mundo todo quase instantaneamente. A comunicação rompeu todas as fronteiras, conferindo ao homem uma maior interligação e interação. Os lugares se tornaram mais fáceis de acessar, a locomoção do homem, seja na terra, no ar ou no mar, foi facilitada por supermáquinas que tornaram a Terra possivelmente conhecida em toda a sua totalidade.

A natureza se tornou impotente frente ao poder adquirido pelo homem. A concepção antropocêntrica da natureza projetou o homem para fora da natureza, estabelecendo uma relação de dominação e exploração. Mas essa visão da natureza tornou-se inviável em nossos dias atuais, pois se percebeu que a natureza é finita e que a vida do homem depende da sustentabilidade desta natureza.

O que tentaremos demonstrar aqui é a impossibilidade dessa visão “egocêntrica” ou a visão de “ecologia rasa”²³, ou seja, uma percepção que projeta todos os desejos humanos antes de qualquer outra coisa, colocando o homem como o próprio centro do universo, visto

como o dono da natureza, pois como vimos no item 1.4.3.1, a violência inconseqüente à natureza já vem trazendo danos sérios para a espécie humana.

Paralelamente ao desenvolvimento tecnológico-científico, desenvolveu-se também o sistema econômico. A importância dada ao sistema capitalista, como vimos no item 1.4.3, tornou-se anterior à política, à ciência, à tecnologia e à própria natureza. O mundo foi fragmentado em dois grandes blocos, o bloco composto pelos países do sul e o bloco composto pelos países do norte. Os países do bloco do norte são os países desenvolvidos, enquanto os do sul são os países em desenvolvimento.

Com a Era da Informação, a situação da Terra passou a ser de interesse de todos, pois com a globalização tudo passou a estar interligado. Várias instituições internacionais foram criadas, como a ONU, OMC, FMI, entre outras que surgiram para atender interesses globais. Mas, como vimos anteriormente, o sistema econômico passou a ser visto antes de qualquer outro órgão e o que passou a dominar nosso sistema político mundial foi a economia, o mercado.

Atualmente, quem decide as políticas mundiais são os países economicamente mais fortes. Um pequeno grupo se reúne e decide todo o futuro da humanidade. As grandes empresas passaram a dominar grande parte do sistema tecnológico e científico e a ciência passou a ser desenvolvida de acordo com interesses inteiramente políticos e empresariais, e não em prol dos interesses sociais. A exemplo disto, poderíamos citar empresas farmacêuticas que investem em pesquisas para a descoberta de novos remédios para a cura de doenças e que não vêem essas descobertas como uma solução para a dor de muita gente, e sim como uma grande oportunidade de negócios. Empresas como a Monsanto, uma das maiores

produtoras de grãos do mundo, investe em grãos geneticamente modificados (GM), não para tentar acabar com a fome do mundo, mas para patentear suas invenções e dominar o mercado. Enquanto isso, cerca de 840 milhões de pessoas no mundo, dentre elas 300 milhões são crianças, sofrem de desnutrição.

Analisando a atual situação ética e científica em que nos encontramos nos deparamos com uma situação paradoxal, pois assistimos a pessoas vivendo sob sistemas morais totalmente autoritários, regidos por leis que degradam a própria espécie humana como, por exemplo, a mutilação de mulheres na África ou religiões no Oriente Médio que pregam o sacrifício da própria vida em nome de uma crença e que vivem totalmente fora dos acontecimentos, não tendo acesso algum às evoluções da ciência ou da tecnologia. E, paralelamente a esse cenário, encontramos um outro bloco que assiste a um grande avanço na tecnologia e na ciência, mas que vive totalmente isento de qualquer regra moral, onde se faz ciência pelo simples fazer, sem medir consequência alguma. Uma ciência totalmente separada dos reais valores humanos e dos valores da natureza e ligada somente à competição e à dominação. Todo esse cenário de rápido desenvolvimento científico-tecnológico deu ao homem, pela primeira vez na história da humanidade, o poder de destruir o mundo facilmente, pois o incentivo político à ciência e a tecnologia passou a visar muito o poderio bélico criando poderosas máquinas e armas suficientes para destruir todo o planeta.

Assistimos então a uma crise de pensamentos e valores, comum a toda a sociedade global. Precisamos de uma mudança profunda nesses pensamentos e valores, pois o planeta Terra se tornou frágil demais para que uma pessoa ou um pequeno grupo decida sozinho todo o seu futuro. O homem não pode mais dar-se ao prestígio de sozinho

estabelecer regras morais que lhes são mais convenientes e classificá-las como universais, assim como propunha o modelo kantiano.

Como observa Karl Otto Apel “pela primeira vez, na história da espécie humana, os homens foram praticamente colocados ante a tarefa de assumir a responsabilidade solidária pelos efeitos de suas ações em medida planetária”.²⁴ O homem encurralou-se em seu próprio mundo e só uma aliança global poderá livrá-lo de uma tragédia.

Por isso, a necessidade de uma nova abordagem ética acerca do problema ambiental, uma ética que possibilite para toda a humanidade a consciência de que o planeta está saturado e precisa de cuidados. Precisamos de uma ética que restabeleça a relação homem-natureza como uma relação de harmonia e cooperação. Tentaremos expor algumas mudanças que estão ocorrendo e algumas perspectivas de superação do atual modelo cartesiano.

O físico austríaco Fritjof Capra defende que o paradigma mecanicista-newtoniano já está sendo superado, surgindo um novo paradigma que tem como fundamento uma visão holística do mundo ou visão sistêmica. Ou seja, uma visão que “concebe o mundo como um todo integrado e não como uma coleção de partes dissociadas”²⁵, superando assim o modelo fragmentado do paradigma mecanicista.

Essa nova visão da realidade propõe uma mudança profunda em nossos pensamentos, percepções e valores, baseada numa visão ecológica ou de “ecologia profunda”²⁶ que supera aquela visão antropocêntrica da natureza (ecologia rasa) e resgata a concepção de que o homem também é natureza e que a sua espécie depende do equilíbrio desta natureza. Essa nova visão tem como princípio fundamental o desenvolvimento sustentável, ou seja, a conciliação de equilíbrio natural com desenvolvimento

humano.

A concepção proposta por Capra tenta mostrar que todos os seres vivos estão interligados pela “teia da vida”, onde vivem em relação de coordenação, cooperação e equilíbrio. A natureza não é fragmentada e seus componentes não são independentes. Ela é, na verdade, um grande organismo onde todos os seres desempenham suas funções específicas dentro da grande teia, mas onde a sobrevivência de um está condicionada pela vida e a função dos outros dentro deste grande ecossistema. A visão sistêmica é justamente o olhar do todo considerando a natureza das relações das partes dentro deste contexto geral. Essa concepção de rede é bem exposta por Capra:

A idéia central dessa concepção sistêmica e unificada da vida é a de que o seu padrão básico de organização é a rede. Em todos os níveis de vida – desde as redes metabólicas dentro da célula até as teias alimentares dos ecossistemas e as redes de comunicação da sociedade humana –, os componentes dos sistemas vivos se interligam sob a forma de rede.²⁷

De acordo com essa teoria, o mundo passa por profundas mudanças não só pelo surgimento dessa visão ecocêntrica (valores centralizados no ecossistema), mas pelo surgimento de novos atores sociais como, por exemplo, o movimento feminista, defensores dos direitos humanos, homossexuais, defensores da cultura indígena, ambientalistas, movimentos estudantis, entre outros movimentos que lutam por direitos específicos, mas que

respeitam e reconhecem os direitos de todos os outros, movimentos que reivindicam por uma visão de mundo sem preconceitos, uma sociedade civil global baseada no valor da dignidade humana.

Surgem assim as organizações não-governamentais (ONGs), formando uma teia de comunicação internacional através de novas tecnologias de redes eletrônicas, as quais se organizam cooperativamente e lutam contra sistemas tradicionais como o patriarcado, o atual sistema econômico, o consumo material desmesurado, políticas imperialistas, a destruição à natureza, entre outros elementos que rejeitam os principais valores da sociedade humana, tudo para promover essa concepção holística acerca dos problemas globais.

O filósofo Karl Otto-Apel demonstra a impossibilidade de se contentar com normas morais que vinculem somente no nível microesférico (família, patrimônio, vizinhança) ou no nível mesoesférico (patamar da política nacional), pois se torna necessária uma ética no âmbito da macroesfera (destino da humanidade) que resgate todos os valores comuns da sociedade global e que seja intersubjetivamente válida e vinculadora de toda a espécie humana.

Apel propõe a formação da “comunidade de comunicação” onde os seus participantes expõem seus princípios através da argumentação sem que esta argumentação imponha sua visão de mundo de forma autoritária aos outros participantes da comunidade, de forma que deve haver um mútuo reconhecimento entre os membros dela. Essa comunidade de comunicação buscaria estabelecer princípios de caráter global e todos devem valer-se deles, estabelecendo uma ética universal através do consenso. Vejamos o que pensa o citado filósofo:

O destino ecológico comum deveria encher os habitantes do planeta com o sentimento de solidariedade próprio daqueles que estão num mesmo barco, e predispor-los a subordinar todos os interesses divergentes ao interesse comum pela sobrevivência.²⁸

Outra perspectiva de substituição do atual paradigma é defendida pelo pensador alemão Hans Jonas (1903-1993), o qual tenta estabelecer um novo imperativo ético que consistiria em “agir de tal maneira que os efeitos de tua ação não sejam destruidores da futura possibilidade de vida humana”²⁹. Ou seja, agir de modo que não comprometa as perspectivas das gerações futuras.

Depois de expormos algumas teorias que superam a visão fragmentada e mecanicista, gostaríamos de destacar algumas mudanças práticas que já vêm ocorrendo e que contribuem com essa idéia de conciliação da tecnologia e da ciência com a preservação do meio ambiente.

Poderíamos então citar como medida prática tomada para o desenvolvimento sustentável a substituição da energia fóssil, como o carvão, o petróleo e o gás natural, que são produtos finitos e não renováveis, por energias alternativas como a eólica e a energia solar. A substituição da gasolina pelo álcool, importante observar, é uma medida que pode ser tomada, mas não para longo prazo, pois, como sabemos, precisamos do solo para plantar os produtos dos quais se destilará o álcool e o solo é um recurso natural finito, não sendo viável para o homem substituir todo o combustível fóssil pelo álcool. Empresas automobilísticas já trazem projetos de carros mais econômicos feitos de fibra de

carbono que são bem mais leves e movidos a hidrogênio, assim como os carros híbridos que podem ser movidos a combustíveis mais limpos ou combustíveis feitos de biomassa.

A energia solar também é uma grande opção para o problema da escassez e da poluição dos combustíveis fósseis. Ela é uma energia inteiramente renovável e benigna para o meio ambiente. E a tecnologia já tornou viável o seu uso.

Outra opção que poderia diminuir a emissão de poluentes e do consumo de combustível seria a conscientização das pessoas em substituir o veículo particular por transportes públicos, bicicleta ou até mesmo por uma boa caminhada, como já vem sendo feito em alguns países da Europa.

A atividade de reciclagem é outra atividade benigna ao equilíbrio natural que já vem sendo feita e que só tende a intensificar-se. Importante ressaltar que o termo “resíduo” é uma invenção do homem que surgiu juntamente com a idéia de natureza descartável. Na natureza, esse termo é totalmente inexistente, pois tudo é aproveitado, nada é desperdiçado e todos os elementos dela estão dentro de um ciclo que se completa sem perda nenhuma de seus componentes. O acúmulo de lixo é um problema que traz inúmeras conseqüências como doenças, acumulação em bueiros o que gera problemas de inundação das cidades e a contaminação das águas. Esse quadro tende a mudar, pois muitas pessoas passaram a aderir a alternativa da reciclagem, uns com objetivos econômicos, juntando produtos recicláveis para vender às indústrias especializadas em fazer esse tipo de trabalho e outros pela simples consciência ecológica de reaproveitamento do lixo em suas casas, onde fazem sua própria coleta seletiva.

Outra atividade que se tornou necessária e que já vem sendo efetivada é o sistema de eco-educação. Escolas como o Centro de Eco-Alfabetização (*Center for Ecoliteracy*) em Berkeley³⁰, coordenada por Capra e seus colegas tentam trazer essa consciência ecológica para alunos de primeiro e segundo grau. No âmbito do ensino superior poderíamos citar a *Second Nature*³¹, em Boston, mantendo parcerias com faculdades e universidades, tentando ensinar que uma educação para a sustentabilidade é essencial. No Brasil, faculdades e universidades já vêm incluindo em seus cursos de graduação ou até de pós-graduação disciplinas sobre o tema, assim como a Lei Nº 9.795 de 27 de abril de 1999 que cria a Política Nacional de Educação Ambiental com a proposta de promoção da educação ambiental em todos os setores da sociedade.

Então, como vimos, torna-se de suma importância a abordagem ética acerca do problema do impacto ambiental. Por isso, a nossa preocupação em demonstrar a urgência e importância dessa nova perspectiva na resolução da violência perpetrada contra nosso planeta Terra. Terminada essa parte teórica, entraremos posteriormente na parte prática, onde explicaremos acerca dos dispositivos existentes para a proteção do bem ambiental assim como as regras e princípios jurídicos que tratam do tema.

3.5 SURGIMENTO E HISTÓRIA DO DIREITO AMBIENTAL

A civilização tem isso de horrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza. Se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no

fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre³².

Antigamente dava-se importância somente à proteção dos direitos individuais e sociais, como o direito de vizinhança, a caça e a pesca e direitos relativos à propriedade e valores econômicos (herança do Liberalismo). Questões relativas à saúde pública eram objeto de definições e assuntos separados, de forma a influenciar somente o país que as criou; havia um tratamento fragmentado, sem considerar o meio ambiente como um todo integrado e sem preocupação nenhuma com a sociedade humana global.

Após a Revolução Industrial a agressão ao meio ambiente tornou-se mais intensa e mais notável, mas era justificada pelo avanço econômico e científico. Mas, a partir da segunda metade do século XX, as agressões à natureza começaram a ser notadas e a despertar no homem uma maior preocupação, levando-o a buscar meios de proteção e manutenção da natureza. Fatores como a poluição de águas doces em grandes lagos e rios; a poluição da atmosfera, levando o ar poluído para outros países que poluíam menos e que foram prejudicados pela alta produção ou irresponsabilidade de outros países e grandes derramamentos de petróleo foram algumas formas de agressões ao meio ambiente que demonstraram como a natureza é pequena e frágil frente às ações do homem.

Surgem, juntamente com o sentimento de solidariedade advindo do Segundo Pós-Guerra e a preocupação com as futuras gerações, a preocupação e a consciência internacional de cuidados com o meio ambiente. Inicialmente, através da Declaração de Estocolmo sobre o

Meio Ambiente Humano de 1972, lançada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, no período de 5 a 16 de junho de 1972 com o intuito de atender “à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano”³³. A Declaração de Estocolmo é considerada como o marco do surgimento do Direito Ambiental Internacional como o conjunto de normas e princípios com o objetivo de preservação e manutenção do equilíbrio ecológico e uma relação pacífica e harmoniosa entre homem e natureza, passando o meio ambiente a integrar o ordenamento jurídico de forma autônoma.

É importante ressaltar a importância do Brasil na participação da Conferência, com a destacada atuação brasileira no sentido de abordar, de modo global, a temática do desenvolvimento no contexto mais amplo das questões do meio ambiente.

O Direito Ambiental, como se vê, ainda é uma criança frente aos outros ramos do direito, mas desenvolveu-se e vem se desenvolvendo de forma surpreendente e goza hoje de total autonomia. Importante lembrar que autonomia não se confunde com separação, pois como se sabe, o direito é um só, e seu caráter interdisciplinar é fundamental para a realização da justiça.

A partir da data de criação da Declaração de Estocolmo surgia o Direito Ambiental, o que não impediu que grandes catástrofes ambientais acontecessem, a despeito da existência de legislação e outros documentos internacionais de defesa do meio ambiente. Dentre os acidentes mais relevantes poderíamos citar alguns como:

- a) o acidente industrial na cidade italiana de Seveso, na Lombardia, em

10-7-1976, tido como o maior acidente industrial da Europa e que motivaria a expedição de uma importante Diretiva das Comunidades Européias, considerada como modelo de legislação de prevenção (a Diretiva Seveso); as questões reparatorias às vítimas foram resolvidas por negociações extrajudiciais, com a interveniência do Estado italiano, e que nem de longe representou uma solução satisfatória;

b) o acidente com o satélite artificial soviético Cosmos 924, em 24-1-1978, igualmente resolvido extrajudicialmente por negociações internacionais entre Canadá e URSS, com soluções diplomáticas que não atacaram o fundo da questão da responsabilidade do dano causado;

c) o tristemente famoso desastre com o superpetroleiro Amoco Cadiz, em 16-3-1978, resolvido pelas cortes do Estado de Illinois, nos EUA; um acidente náutico ocorrido em águas territoriais francesas e que, dadas as proporções dos danos, representou uma solução paliativa, e na qual os danos ao meio ambiente, tomados como entidade distinta das pessoas das vítimas , sequer foram

consideradas;

d) o desastre de proporções catastróficas ocorrido entre 2 e 3-12-1984 em Bhopal, na Índia, de grande repercussão internacional, por ter envolvido uma poderosa empresa multinacional, que exercia uma atividade de alta relevância para o desenvolvimento industrial daquele país e cujas vítimas, até hoje, ainda pleiteiam, em tribunais indianos, as reparações devidas;

e) o acidente nuclear com a usina núcleo-elétrica de Chernobyl, na Ucrânia, e do qual resultaria uma nuvem radioativa sobre países limítrofes ou relativamente próximos da então URSS (e mesmo em países longínquos, como o Brasil, que importara carne bovina irradiada, da então Iugoslávia) e que não teve qualquer solução em âmbito internacional; e enfim,

f) o caso do incêndio ocorrido na Suíça (país até então apontado como modelo na regulamentação de seu meio ambiente doméstico), na empresa química Sandoz, 1º-11-1986, portanto, no mesmo ano em que a opinião pública internacional se espantava com as conseqüências em

Bhopal, e que teria repercussões danosas ao meio ambiente da R.F. da Alemanha, França e Países Baixos, pela poluição altamente tóxica carregada pelo Rio Reno, nas tentativa de debelar o dito incêndio local (questão que seria resolvida por negociações extrajudiciais entre os Estados sob cuja jurisdição encontravam-se as vítimas e o Estado causador do dano).³⁴

Esses grandes acidentes demonstraram um pouco a ainda imaturidade do homem em relação à preservação e o respeito ao meio ambiente e que ainda estávamos longe da visão global de natureza e de mundo, desconsiderando-a como parte de nós mesmos. Ficou mais uma vez provado que a agressão ao meio ambiente não tem fronteiras e que, quando parte dela é atingida, todo o ecossistema planetário é também prejudicado.

Mas, a necessidade de cuidados com o meio ambiente fez-se presente na mente do homem e, a partir Declaração de Estocolmo, fica aberto o caminho para dispositivos supervenientes de conservação e proteção do meio ambiente, o que faz surgirem novos institutos internacionais e nacionais em busca de uma nova forma e qualidade de vida, respeitando e cuidando da natureza.

3.6 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS RELEVANTES APÓS A DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO

a) Declaração de Veneza

Por iniciativa da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, com a

colaboração da Fundação Giorgio Cini (Veneza, 3-7 de março de 1986), no mês de março de 1986 reuniram-se na cidade de Veneza, na Itália, dezenove grandes representantes das áreas das ciências, artes, filosofias e das tradições espirituais mais respeitadas, no total de dezenove nações. Desse encontro surgiu a Declaração de Veneza demonstrando um espírito de abertura e união, questionando valores atuais, o que resultou num acordo sobre alguns pontos comuns.

A Declaração reconhece que hoje vivemos numa época de grandes mudanças e que ainda presenciamos uma sociedade onde os valores ainda estão fundamentados no determinismo mecanicista, no positivismo e no niilismo vazio, desumano. O documento reconhece isto como um problema extremamente prejudicial e ameaçador de todo o globo.

Na reunião, ressalta-se o grande avanço científico e tenta-se fundir a ciência formal e a tradição espiritual, de forma a se complementarem e trazer uma outra forma de ver o mundo e pensar numa humanidade mais equilibrada e pacífica. Reconhece também a necessidade de uma interdisciplinaridade entre as ciências “exatas” e ciências “humanas”, de forma a superar o modelo fragmentado de ver o mundo e o próprio homem.

A Declaração de Veneza reconhece ainda a urgência de novos métodos de educação, que levem em conta como se deu o real avanço da ciência, os quais se harmonizam com as grandes tradições culturais da humanidade, com o resgate do sentimento na esfera das relações humanas, cuja preservação e estudo parecem fundamentais³⁵.

A presente declaração tem como signatários vários estudiosos de diversos ramos do conhecimento reconhecidos em todo o mundo, mas é importante que seja seguida por toda a humanidade. Expomos aqui esse documento com grande relevância (vide item 1.9), pois, como vimos anteriormente, o pensamento mecanicista que atinge os ramos do conhecimento (biologia, psicologia, educação, medicina, direito) reflete diretamente no comportamento do homem para com a natureza. Por isso, a grande importância na mudança desta mentalidade.

b) Agenda 21

Em 1992, ocorreu no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento também conhecida como ECO-92, onde se criou o conceito de Desenvolvimento Sustentável.

Vivemos na época do consumismo exacerbado herdado da Revolução Industrial e, devido a fatores como o crescimento populacional e a produção em massa, o consumo dos recursos naturais chegou a um grau extremamente alarmante. Assim como as políticas de países emergentes de consumir energia para evoluírem e dos países desenvolvidos continuarem consumindo para se manterem no ápice do desenvolvimento.

Devido essa urgência de preservação e manutenção de uma certa reserva de recursos naturais, garantindo às gerações futuras o seu usufruto, e a necessidade de manutenção da economia de forma a proporcionar uma melhoria da qualidade de vida, a humanidade foi levada à idéia de desenvolvimento sustentável.

A Agenda 21 Global é, em suma, um programa do qual participaram governos e instituições não-governamentais de 179 países formando uma associação

mundial com o propósito básico de reconhecimento da necessidade de se adotar uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas ao meio ambiente e ao desenvolvimento. São metas a serem alcançadas no século XXI que “reflete um consenso mundial e um compromisso político no nível mais alto no que diz respeito a desenvolvimento e cooperação ambiental”³⁶. A Agenda 21 Global pressupõe que existam agendas locais, Capítulo 28, Seção III, com plena observância nos seus princípios, mas com adaptações às necessidades e dificuldades específicas de cada signatário. Ela invoca em seu Capítulo 39, Seção IV, a necessidade de implementação de instrumentos e mecanismos legais internacionais, “seu objetivo é subsidiar ações do Poder Público e da sociedade em prol do desenvolvimento sustentável”³⁷.

O Brasil seguiu a Agenda 21 Global e elaborou, entre os anos de 1997 e 2002, a Agenda 21 Brasileira, que teve como objetivo redefinir o modelo de desenvolvimento do país, introduzindo o conceito de sustentabilidade, e qualificando-o com as potencialidades e as vulnerabilidades do Brasil inclusive no quadro internacional. O documento foi feito a partir das recomendações da Agenda 21 Global e é resultado de uma ampla consulta à população brasileira.

A partir de 2003, a Agenda 21 Brasileira chega na fase de implementação reconhecida pela Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 nacional - CPDS e também é levada à condição de programa do Plano Plurianual, PPA 2003 – 2007, pelo o atual governo. A Agenda 21 é então vista como um instrumento de política pública e seu programa é composto por três ações estratégicas que estão sendo realizadas com a sociedade civil: implementar a Agenda 21 Brasileira; elaborar e implementar as Agendas 21 Locais e a formação continuada em Agenda 21³⁸.

A agenda 21 Brasileira elencou 21 ações prioritárias, quais sejam:

- Produção e consumo sustentáveis;
- Ecoeficiência e responsabilidade social das empresas;
- Retomada do planejamento estratégico, infra-estrutura e integração regional;
- Energia renovável e biomassa;
- Informação e conhecimento para o desenvolvimento sustentável;
- Educação permanente para o trabalho e a vida;
- Promover a saúde e evitar a doença;
- Inclusão social e distribuição de renda;
- Universalizar o saneamento ambiental protegendo o ambiente e a saúde;
- Gestão do espaço urbano e a autoridade metropolitana;
- Desenvolvimento sustentável no Brasil rural;
- Promoção da agricultura sustentável;
- Promover a Agenda 21 Local e o desenvolvimento integrado e sustentável;
- Implantar o transporte de massa e a mobilidade sustentável;
- Preservar a quantidade e melhorar a qualidade das bacias hidrográficas;
- Política florestal, controle do desmatamento e corredores de biodiversidade;
- Descentralização e pacto federativo: parcerias, consórcios e poder local;
- Modernização do Estado: gestão

- ambiental e instrumentos econômicos;
- Relações internacionais e governança global para o desenvolvimento sustentável;
- Cultura cívica e novas identidades na sociedade da comunicação;
- Pedagogia da sustentabilidade: ética e solidariedade.

c) A Carta da Terra

Os elementos principais e a forma de sua elaboração advieram do Seminário Internacional sobre a Carta da Terra realizado no ano de 1995 em Haia, na Holanda, e, em 1997, foi realizada a Rio+5 (referente a 5 anos após a Rio-92), onde foi constituída uma Comissão da Carta da Terra, ocasião onde se chegou ao projeto de declaração universal dos direitos ambientais, Carta da Terra.

A Carta da Terra convoca todos habitantes do planeta Terra para somar forças e constituir uma corrente global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz. Expõe a interdependência entre todos os seus princípios e declara a responsabilidade de uns para com os outros, visando um modo de vida sustentável como critério comum, através dos quais a conduta de todos os indivíduos, organizações, empresas de negócios, governos e instituições transnacionais será guiada e avaliada³⁹.

São alguns dos princípios a serem seguidos pela população global propostos pela Carta da Terra

- a. Respeitar a Terra e a vida em toda a sua diversidade;
- b. Cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor;
- c. Construir sociedades democráticas que

sejam justas, participativas, sustentáveis e pacíficas;

d. Garantir a generosidade e a beleza da Terra, para as atuais e as futuras gerações;

e. Proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da Terra, com especial preocupação pela diversidade biológica e pelos processos naturais que sustentam a vida;

f. Prevenir o dano ao ambiente como o melhor método de proteção ambiental e quando o conhecimento for limitado, tomar o caminho da prudência;

g. Adotar padrões de proteção, consumo e reprodução que protejam as capacidades regenerativas da Terra, os direitos humanos e o bem-estar comunitário;

h. Aprofundar o estudo da sustentabilidade ecológica e promover a troca aberta e uma ampla aplicação do conhecimento adquirido;

i. Erradicar a pobreza como um imperativo ético, social, econômico e ambiental;

j. Garantir que as atividades econômicas e instituições em todos os níveis promovam o desenvolvimento humano de forma equitativa e sustentável;

k. Afirmar a igualdade e a equidade de gênero como pré-requisitos para o desenvolvimento sustentável e assegurar o acesso universal à educação, ao cuidado da saúde e às oportunidades econômicas;

l. Defender, sem discriminação, os direitos de todas as pessoas a um ambiente natural

e social, capaz de assegurar a dignidade humana, a saúde corporal e o bem estar espiritual, dando especial atenção aos direitos dos povos indígenas e minorias;

m. Reforçar as instituições democráticas em todos os níveis e garantir-lhes transparência e credibilidade no exercício do governo, a participação inclusiva na tomada de decisões e no acesso à justiça;

n. Integrar na educação formal e aprendizagem ao longo da vida, os conhecimentos, valores e habilidades necessárias para um modo de vida sustentável;

o. Tratar todos os seres vivos com respeito e consideração;

p. Promover uma cultura de tolerância, não violência e paz.⁴⁰

d) Protocolo de Kyoto

A temperatura média da superfície global aumentou cerca de 0,75 C° a partir do final do século XIX e desses 0,75 C°, 0,50 C° ocorreu após a segunda metade do século XX. As conseqüências desta rápida alteração já podem ser vistas pela humanidade: furacões, secas, derretimento das calotas polares, elevação do nível oceânico etc. O aquecimento advindo dos gases causadores do efeito estufa alertou o homem e a Organização das Nações Unidas – ONU achou necessário convocar os líderes nacionais para discutir as alterações antropomórficas (causada pelos seres humanos) no clima do planeta.

O Tratado foi criado em 1997 na cidade japonesa de Kyoto por reunião promovida pela ONU e é considerado um marco na história do movimento ambiental do planeta.

Os países desenvolvidos se comprometeriam em reduzir a emissão de gases poluentes enquanto os países em desenvolvimento tomariam medidas para combater o aquecimento global. Em números, o objetivo é que as 34 nações mais industrializadas deveriam reduzir em média 5% das emissões dos gases causadores do efeito estufa e os países em desenvolvimento podem vender créditos de carbono, espécie de vale-poluição que permite às nações ricas comprarem cotas de emissão de carbono de forma a compensar o que estão poluindo⁴¹ no período de 2008-2012.

Após anos de discussão, o protocolo entrou em vigor no dia 16 de fevereiro de 2005, com a adesão da Rússia, atingindo o número mínimo de participantes para poder entrar em vigor, 141 nações que juntas respondem por 61,6% das emissões dos seis gases que provocam o efeito estufa, registradas em 1990⁴².

O Protocolo de Kyoto entrou em vigor, mas ainda existem muitos impasses acerca do acordo. Um deles é a recusa dos Estados Unidos, maior emissor de gases poluentes do mundo (cerca de 1,56 bilhão de toneladas cúbicas), em assinar o Protocolo, alegando como defesa que, se ratificasse o acordo, perderia competitividade no mercado internacional. Outro problema do Protocolo de Kyoto é que suas metas são sobre dados de 1990 e muita coisa mudou durante todo esse tempo, a poluição aumentou e a condição econômica de determinados países já não é mais a mesma daquela época. Outro impasse a ser citado seria a urgência de uma maior regulamentação do mercado de carbono de forma a garantir mais segurança aos compradores e aos vendedores desses créditos.

Como metas do acordo de Kyoto poderíamos citar:

- Países industrializados se comprometeram a reduzir, até 2012, as suas emissões de dióxido de

carbono a níveis pelo menos 5% menores do que os que vigoravam em 1990;

- Os países da União Européia, por exemplo, têm de cortar as emissões em 8%, enquanto que o Japão se comprometeu com uma redução de 5%. Alguns países que têm emissões baixas podem até aumentá-las como a Islândia;

- O protocolo se baseia no conceito de que países em desenvolvimento, como o Brasil, são os que menos contribuem para as mudanças climáticas, mas tendem a ser os mais afetados pelos seus efeitos;

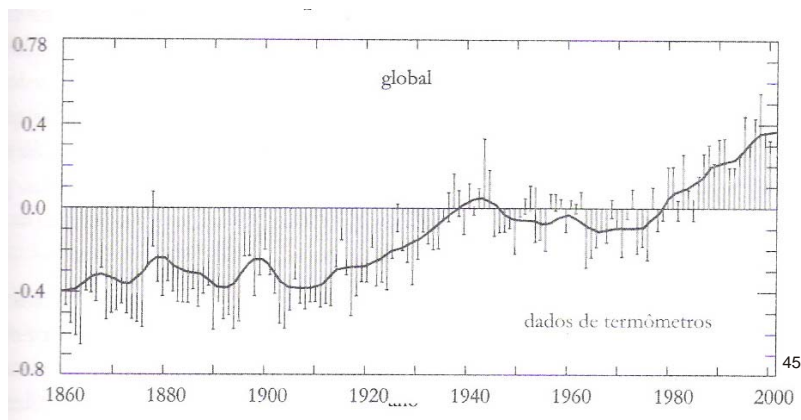
- Embora muitos países em desenvolvimento tenham aderido ao Protocolo, não tiveram de se comprometer com metas específicas. No entanto, como signatários, eles precisam manter a Organização das Nações Unidas (ONU) informada do nível de emissões e buscar o desenvolvimento de estratégias para as mudanças climáticas;

- As metas cobrem as emissões dos seis principais gases de efeito estufa: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorcarbonos (HFCs), hexafluoreto de enxofre (SF₆).

- Algumas atividades específicas que promovem mudanças no uso da terra e florestas, como florestamento, desflorestamento e reflorestamento,

e que emitem ou removem dióxido de carbono da atmosfera (CO_2) também são abordadas pelo Protocolo. Todas as mudanças e nas remoções são contabilizadas.⁴³

Não podemos deixar de reconhecer a importância do Protocolo de Kyoto como um avanço no reconhecimento das nações que precisam reduzir seus níveis de poluição, o que representa um grande ganho para a natureza e a nação humana. Mas é importante ressaltar que muito ainda há de ser feito para resolver o problema do aquecimento global, pois precisamos de programas mais extensos e de mais signatários. Abaixo, vemos em gráfico as variações na temperatura da superfície terra desde 1860:



Convém ressaltar que “a desintegração global de massas de gelo tem potencial para elevar o nível do mar em vários metros ou mais. As graves consequências de uma elevação do nível dos oceanos estabelecem o limite inferior de quanto o planeta pode esquentar sem causar caos⁴⁵”. É extremamente grave também o desmatamento na floresta

da Amazônia, considerando que o Brasil é o 5º maior emissor mundial de carbono (toneladas de CO₂ são lançadas na atmosfera)⁴⁶.

Implantado o Protocolo de Kyoto e regulamentada a comercialização dos créditos de carbono, toda uma nova perspectiva não-mecanicista será aberta para o mercado mundial e para a economia. Será o desenvolvimento da ecoeconomia, importante conhecimento a serviço do desenvolvimento sustentável.

3.7 O DIREITO AMBIENTAL NAS CONSTITUIÇÕES E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como vimos anteriormente, o Direito Ambiental é um ramo novo no ordenamento jurídico e que nos últimos anos desenvolveu-se de forma surpreendente na defesa do meio ambiente. Contudo, muito tempo e muita agressão ao nosso patrimônio natural foram lamentavelmente necessárias para que essa mentalidade de defesa da natureza fosse positivada em nosso ordenamento jurídico nacional de forma tão integral e holística.

Veremos de forma genérica como ocorreu o desenvolvimento da legislação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, apontando seus principais pontos e possíveis falhas, a fim de compreender melhor o nosso tema sob o aspecto histórico-evolutivo.

Na Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, o seu art. 179, XXIV expunha que

Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio poderá ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e a saúde dos cidadãos⁴⁷

Inicialmente, como se vê, a legislação imperial

não faz referência alguma à proteção da natureza, preocupando-se somente com o estado físico dos cidadãos.

Posteriormente, surge a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que reconhece em seu art. 34 a competência privativa do Congresso Nacional para “legislar sobre minas e propriedade da União”. Vemos aqui que o legislador ainda não tem nenhum interesse de defender a natureza, pois trata somente da competência e reconhece apenas o valor econômico da natureza e da propriedade.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de junho de 1934 o constituinte evolui de forma relevante em relação a natureza. Em seu artigo 10 estabelece que compete à União e aos Estados: “III, Proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”. O artigo 148 também se relaciona com este:

Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual⁴⁸.

Nesta Constituição, já há uma preocupação com a proteção da natureza, o que representou um grande avanço na legislação. No entanto, como vimos, a mentalidade ainda é muito imatura, pois o que se constata é uma preocupação apenas com o aspecto estético da natureza, somente a aparência tem valor. Na mesma Constituição há uma outra preocupação referente à natureza, estabelecendo a competência para o seu uso e a sua exploração. Então, vejamos o que diz o art. 5º, XIX:

Compete privativamente à União legislar sobre: bens de domínio federal, riquezas do sub-solo, mineração, metalurgia, águas, energia, hidroelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração⁴⁹.

Vale ressaltar que na constituição acima comentada, em seu artigo 5º, ainda se vê a visão de dominação do homem sobre a natureza: “sua exploração”, longe da visão de harmonia defendida aqui por nós, respaldada em teorias atuais e importantes documentos internacionais.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, há avanços relevantes em relação ao tratamento dado à natureza. O artigo 18 confere competência aos Estados de legislar sobre as riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia, hidroelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração (alínea a) e ainda sobre as medidas de polícia para a proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos (alínea e). Grande avanço representou também o art. 134 que rezava:

Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais na Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional⁵⁰.

É neste momento que o legislador brasileiro usa pela primeira vez a palavra “natureza”. A agressão contra

a natureza é elevada à mesma condição da agressão ao patrimônio nacional. Seria possível, em nosso país, pensar em patrimônio nacional sem pensar em natureza? Isso demonstra o caráter ainda secundário dado à natureza, considerada apenas parte do patrimônio nacional, sem qualquer viés de uma perspectiva global.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, destaca-se a função social da propriedade, a qual aparece exposta em seu art. 147, o qual já reconhece expressamente que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social (...)”⁵¹.

Na Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 se repete a idéia de proteção do patrimônio natural, embora com ênfase às paisagens mais notáveis esteticamente.

Ficam sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas⁵².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, apesar de ser uma carta originária de inspirações políticas autoritárias, representou um grande salto na defesa da natureza, pelo menos no que concerne ao seu texto. Vejamos o que trouxe o art. 172:

A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra agrícola impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do governo⁵³.

Pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional encontramos o termo “ecológico”, um reconhecimento da existência da nossa casa positivado, sem dúvida uma mudança no tratamento da natureza. Surge também a idéia de avaliação de impacto ambiental nos casos de terras sujeitas a falta de boa temperatura ou de desgraça pública, embora ainda se desse ênfase somente ao interesse econômico do governo para a liberação de créditos. Mas, sem dúvida, já estabelecia uma sanção para o proprietário que fizesse mal uso da terra, introduzindo elemento até então inédito em nossa ordem jurídica.

3.8 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 é, sem dúvida, um marco na legislação nacional no que concerne ao tratamento dado ao meio ambiente. A Carta Magna de 88 é, podemos dizer assim, um típico documento “verde”. Pela primeira vez utiliza-se em nossa legislação a expressão “meio ambiente”, o que representa um grande avanço no tratamento da natureza e da sua tutela.

Nossa Constituição é considerada uma das mais completas e abrangentes do mundo em matéria ambiental, com um capítulo destinado somente ao meio ambiente, o que é inédito em nossa legislação. Nunca nenhuma constituição tratou de forma tão holística e integral o meio ambiente, elevando-o a direito fundamental difuso. Vejamos o que diz o *caput* do art. 225 da citada Constituição:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Vários são os dispositivos no decorrer da Constituição de 1988 concernentes ao tratamento do meio ambiente além do Capítulo VI. Dentre estes mecanismos citaremos os mais relevantes, quais sejam:

- Art. 5º, XIV: Assegura a todos o acesso à informação, é relevante, pois a população deve ter conhecimento de todas as atividades modificadoras da natureza;
- Art. 5º, XXIII: Expõe que a propriedade deve atender a sua função social, os recursos naturais devem ser bem distribuídos entre a sociedade;
- Art. 5º, LXXIII: Possibilita a qualquer cidadão propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural;
- Art. 20, II: Coloca que são bens da União as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental;
- Art. 23, III e VI: Confere a competência comum à União, os Estados, o Distrito Federal e aos Municípios de proteção dos documentos, das obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, assim como a proteção ao meio ambiente e o

combate a poluição em qualquer de suas formas;

· Art. 24, VI, VII, VIII: Estabelece que é de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico e ainda sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

· Art. 30, I: Estabelece que os Municípios devem legislar sobre assuntos de interesse local;

· Art. 91, § 1º, III: Confere competência ao Conselho de Defesa Nacional para propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;

· Art. 129, III: Dá ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses

difusos e coletivos;

· Art. 170, VI: De acordo com esse artigo o meio ambiente é exposto como um princípio da ordem econômica que deve ser observado sempre que for praticado ato que altere de qualquer forma a natureza.

· Art. 174, § 3º: Regulariza a atividade garimpeira e ressalta a importância de proteção do meio ambiente.

· Art. 200, VIII: Coloca como competência do sistema único de saúde a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

· Art. 216, V: Considera como bem cultural os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico;

· Art. 220, II: Garante, por meio de leis federais, que a pessoa e a família possam se defender de propagandas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente

Então, como vimos, o tratamento ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988 é muito amplo e muito completo. Também temos como característica da nossa Carta a ênfase dada aos princípios do direito ambiental, clareando ainda mais sua aplicação e seus resultados. Pois como explica Antônio Silveira dos Santos, “princípios são os mandamentos básicos e fundamentais nos quais se alicerça uma ciência. São as diretrizes que orientam uma ciência e são subsídios à aplicação de suas normas⁵⁴”.

Dentre os principais princípios do meio ambiente poderíamos citar:

. *Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*: ele não está no corpo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas o direito ao meio ambiente equilibrado é antes de tudo um direito à vida. Há autores que sustentam que o direito fundamental ao meio ambiente tem *status* de cláusula pétreia;

. *Princípio da natureza pública da proteção ambiental*: o meio ambiente é um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”⁵⁵. O bem ambiental deve ser protegido e bem administrado para o adequado uso de todos.

. *Princípio do controle do poluidor pelo Poder Público*; o Órgão estatal deve “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”⁵⁶.

. *Princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de práticas de desenvolvimento*; qualquer alteração que venha a causar significativo impacto no meio ambiente deve ter a exigência de um estudo prévio de impacto ambiental.

. *Princípio da participação comunitária*; expressa que nos problemas referentes ao meio ambiente deve existir uma relação entre Estado e sociedade, no sentido desta exercer influência sobre a execução da política ambiental. A Constituição é clara quando diz que impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”⁵⁷.

. *Princípio do poluidor-pagador*; Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, princípio 16. A Constituição também prevê esse princípio

quando reza que “as condutas e atividade consideradas lesiva ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados⁵⁸”. É importante ressaltar que o princípio não tem intenção de cobrar para que se possa violar a natureza (pagou, então pode poluir) e sim punir quem polui (poluiu, então deve pagar).

· *Princípio da prevenção*; o homem deve voltar as suas prioridades primeiramente às atividades que não causem prejuízos à natureza.

· *Princípio do direito ao desenvolvimento sustentável*; de acordo com esse princípio o homem deve buscar meio de desenvolver economicamente de forma que garanta a manutenção da natureza e uma boa qualidade de vida.

3.9 ASPECTOS JURÍDICOS DO IMPACTO AMBIENTAL

Qualquer atividade que ofereça potencial ameaça à alteração no meio ambiente deve submeter-se a um acompanhamento por parte dos órgãos competentes. A Constituição Federal já coloca que incube ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade⁵⁹

Primeiramente poderíamos destacar como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente a avaliação de impactos ambientais (AIA), o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras⁶⁰. O poder público deve ter um sistema de gestão ambiental que proporcione um controle das atividades que provoquem impacto ao meio ambiente, que é de suma

importância visto a grande agressão causada ao meio ambiente e a necessidade de manutenção da natureza exigida em face da nossa trágica situação global. O respeitado autor Édis Milaré bem define a avaliação de impacto ambiental e destaca sua abrangência que

pode ser implementada tanto para projetos que envolvam execução física de obras e processos de transformação como para políticas e planos que contemplem diretrizes programáticas, limitadas ao campo das idéias, neste caso denominadas *Avaliação Ambiental Estratégica* ⁶¹

Já expomos aqui a definição legal de impacto ambiental (item 1.4.3.1) presente na Resolução 001, de 23 de janeiro de 1986, do CONAMA, que dispõe sobre critérios básicos e diretrizes para o Relatório de Impacto ambiental e que também trata do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), uma importante ferramenta da Avaliação de Impacto Ambiental que antecede o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

O artigo 2º da Resolução 001 de 1986 expõe uma lista não exaustiva de atividades que deverão depender de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental, documentos a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) em caráter supletivo para o licenciamento de atividade modificadoras do meio ambiente.

O EIA é muitas vezes confundido com o RIMA, mas este difere daquele. O Estudo de Impacto Ambiental é mais técnico, uma linguagem mais científica e detalhada, quase que incompreensível para o leigo. Já o Relatório de Impacto Ambiental é mais acessível, representa uma “tradução” do EIA. O RIMA deve conter dados e gráficos mais

claros sobre o estudo feito, refletindo o EIA, como estabelece o art. 9º da Resolução 01/86. Vejamos o que diz o parágrafo único do mesmo artigo

O RIMA deve ser apresentado de forma subjetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as conseqüências ambientais de sua implementação.

O EIA, vale ressaltar, deve ser *prévio* ao impacto ambiental, como coloca a Constituição. Ele deve ser elaborado antes da decisão administrativa referente a atividade que será exercida. Ora, se a análise tem como objetivo principal o de influir no mérito da permissão administrativa, não haveria sentido algum o estudo ser feito após proferida a outorga administrativa.

O Estudo de Impacto Ambiental deve ser feito por uma equipe multidisciplinar habilitada, “os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor⁶²”. Uma equipe mista de profissionais na realização do estudo de impacto ambiental é extremamente necessária, visto que uma atividade no meio natural não atinge somente a área natural em si, mas também áreas como a social e a econômica da localidade a ser atingida, sendo necessários estudos amplos, que analisem os vários aspectos que envolvem a atividade que será praticada.

É importante comentar sobre a necessidade da

equipe ser imparcial. É necessário e até imprescindível que ela possa realizar seu estudo sem nenhuma interferência do empreendedor ou de qualquer outro sujeito interessado na concessão da licença. A Resolução 001/86, art. 7º do CONAMA estabelecia que a equipe deveria ser independente do proponente do projeto, mas o art. 21 da Resolução 237/97 CONAMA revogou tal dispositivo. Porém, o parágrafo único do art. 11 da mesma resolução estabelece que “o empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos (...) serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais”.

Entendemos que, uma vez que se encontram no exercício de um múnus público, os componentes da equipe deverão submeter-se em suas atividades aos princípios constitucionais da Administração Pública insertos no art. 37, *caput* da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, ainda que sua atividade seja desenvolvida às expensas do empreendedor.

As despesas, tanto referente ao estudo como à licença, serão por conta do proponente do projeto. É óbvio, já que é o empreendedor que irá lucrar com a realização da atividade, nada mais justo do que ele próprio financiar a regularização do seu negócio.

Vejamos na legislação as diretrizes gerais que deverá atender o estudo de impacto ambiental:

- I – contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projetos, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;
- II – identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;
- III – definir os limites da área

geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;
IV – considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade⁶³.

O conteúdo mínimo a ser contido no RIMA que, de acordo com a legislação, abrange:

I – os objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;

II – a descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada uma delas, nas fases de construção e operação, a área de influência, as matérias-primas, e mão de obra, as fontes de energia, os processos e técnicas operacionais; os prováveis efluentes, emissões, resíduos de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;

III – a síntese dos resultados dos estudos de diagnóstico ambiental da área de influência do projeto;

IV – a descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas

alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação;

V – a caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua não realização;

VI – a descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado;

VII – o programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos ;

VIII – recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral)⁶⁴.

Sustentamos aqui a tese de que, embora constituam peças de natureza técnica a serem elaboradas por equipes multidisciplinares, tanto o EIA como o RIMA devem obedecer também a critérios éticos, pois não mais é possível tratar da questão ambiental sem que haja uma ética da solidariedade que revele nítidas preocupações com a preservação da vida autêntica sob todas as suas formas para uma sobrevivência sustentável das futuras gerações de seres vivos. A produção de tais documentos há de ser não o reflexo de uma abordagem solipsista e egocêntrica, mas da adoção de uma visão holística, sistêmica e ecocentrada.

3.10 CONCLUSÕES

O que pudemos concluir é que, apesar das contribuições dadas pelo paradigma mecânico, no sentido de facilitar o avanço científico e tecnológico através do método de especialização e de fragmentação proposto por Descartes, o paradigma cartesiano levou o homem a uma relação com a natureza totalmente inaceitável nos dias de hoje.

A idéia do mundo visto como um relógio, uma máquina fragmentada donde o homem poderia desmontá-la e alterá-la com superioridade, propagou-se entre vários ramos do conhecimento e trouxe conseqüências que mudaram completamente a concepção da natureza e do próprio homem com ser.

A medicina negligenciou a mente, a psicologia esqueceu do corpo, a biologia não considerou que os animais sentiam dor e passou a fazer experimentos tortuosos, a economia passou a ser mais importante do que as próprias causas sociais e a ciência passou a servir grandes empresas que controlam o mercado e financiam as pesquisas, a educação passou a ser vista como uma obrigação e o método de ensino é totalmente mecânico e anti-didático, o homem atingiu a natureza como nunca atingira antes, a exploração, a dominação e o desprezo da natureza como extensão de si levou-o a um consumo dos recursos naturais numa escala extremamente preocupante, pois percebemos que a natureza é finita e que a espécie humana depende completamente dela. Tudo isso levou-nos a uma situação inconcebível, precisando urgente e necessariamente de uma visão capaz de superar esse paradigma existente e propor uma nova forma de ver o mundo e se relacionar com a natureza.

Surge assim a necessidade de um paradigma que resgate a harmonia do homem com a natureza, um paradigma ecológico, um abandono da visão “egocêntrica” para uma abordagem mais “ecocêntrica”. Uma mudança profunda nos pensamentos e valores, na busca de uma ética que una todos

numa corrente global para a preservação do meio ambiente e garantia de uma vida sustentável.

Destacamos também a importância do surgimento de vários documentos que já demonstram a preocupação do homem com a preservação do meio ambiente e que já trazem uma visão mais holística do mundo como a *Declaração de Estocolmo*, a *Declaração de Veneza*, a *Agenda 21*, a *Carta da Terra* e o *Protocolo de Kyoto*. Assim como o avanço da legislação brasileira no tratamento do meio ambiente, com destaque para a *Constituição Federal* de 1988 que dedicou um capítulo apenas para o meio ambiente e o coloca como um direito fundamental.

O mundo parece ter acordado um pouco para o problema do impacto ambiental, mas muito há ainda o que ser feito para podermos viver numa sociedade mais “verde”, que respeite mais a natureza e reconheça que o homem é a própria natureza e que somos todos responsáveis por sua manutenção, para que as gerações futuras possam assim poder conhecer o planeta Terra não como um cadáver a ser dissecado, mas como um ser vivo no qual vivemos e somente com o qual nos desenvolvemos.

REFERÊNCIAS

Livros:

- APEL, Karl-Otto. **Estudos de Moral Moderna**. Tradução: Benno Dischinger. Petrópolis, Rio de Janeiro; Vozes, 1994.
- CAPPELLI, Sílvia. **O Estudo de Impacto Ambiental na Realidade Brasileira**. Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. Coordenador: Antônio Herman V. Benjamin – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- CAPRA, Fritjof . **A Teia da Vida**. Uma nova compreensão dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roberval Eicheberg. Ed. Cultrix. São Paulo, 1996
- CAPRA, Fritjof . **As Conexões Ocultas**. Ciência para uma

vida sustentável. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Editora Cutrix. São Paulo, 2002.

CAPRA, Fritjof . **O ponto de mutação**. 25ª Edição, trad. Álvaro Cabral, Editora Cutrix: São Paulo, 2002.

Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos, notas revisões e índices. CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Constituição Federal, coletânea de legislação de direito ambiental. Organizadora Odete Medauar; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Rio de Janeiro: Ed. Edições de Ouro, 1984.

DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª Edição, revista e aumentada. 33ª impressão. Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 1986.

KLOETTZEL, Kurt. **O que é Meio Ambiente**. Ed. Brasiliense. São Paulo, 1998.

KUHN, Tomas. **Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira, São Paulo. Perspectiva, 1989.

MILARÉ, Êdis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 3ª Ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2004.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. **Direito Ambiental**: Surgimento, Importância e Situação Atual. .História do direito brasileiro. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. – São Paulo: Atlas, 2003.

Internet:

Disponível em <www.folha.com.br> Acesso em 24/01/2005

GOLDEMBREG, José. BARBOSA, Luiz Mauro. **O Meio Ambiente no Brasil e no mundo**. Disponível em <www.ambiente.sp.gov.br> Acesso em: 24/01/2005

Disponível em www.ppgtpr.cefetpr.br/semanatecnologia
acesso em: 23/02/2005

Disponível em: < www.ecoliteracy.org>

Disponível em: <www.secondnature.org>

Disponível em www.ambientebrasil.com.br

Disponível em www.uol.com.br/sciam/conteudo Acesso em:
02/07/2005

Periódicos (Jornais e Revistas):

DIAS, Edna Cardoso. *O ensino na faculdade de direito: o direito ambiental e a perspectiva de uma educação global para a paz*. **Revista Cearense Independente do Ministério Público**. Org: Souza Oscar d'Alva Filho. Vários Autores. ABC Fortaleza, 2000.

Jornal O Povo, Fortaleza, 27 de Fevereiro a 5 de Março de 2005

Revista *Superinteressante*, Fevereiro 2005. p.12.

Notas:

¹ KUHN, Thomas. **Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira, São Paulo. Perspectiva, 1989.

² DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XIII.

³ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Rio de Janeiro: Ed. Edições de Ouro, 1984. p. 85, 86.

⁴ Id. **Meditações Metafísicas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 116

⁵ DIAS, Edna Cardoso. *O ensino na faculdade de direito: o direito ambiental e a perspectiva de uma educação global para a paz*. **Revista Cearense Independente do Ministério Público**. Org: Souza Oscar d'Alva Filho. Vários

Autores. ABC Fortaleza, 2000. p. 73

⁶ CAPRA, Fritjof . **O ponto de mutação**. 25ª Edição, trad. Álvaro Cabral, Editora Cutrix: São Paulo, 2002. p. 117

⁷ Ibid. , p. 175

⁸ CAPRA, Fritjof . **As Conexões Ocultas. Ciência para uma vida sustentável**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Editora Cutrix. São Paulo, 2002. p.143

⁹ CAPRA, Fritjof . **O ponto de mutação**. 25ª Edição, trad. Álvaro Cabral, Editora Cutrix: São Paulo, 2002. p. 273.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª Edição, revista e aumentada. 33ª impressão. Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 1986.

¹¹ MILARÉ, Êdis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. 3ª Ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 77

¹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª Edição, revista e aumentada. 33ª impressão. Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 1986.

¹³ Ibid.

¹⁴ CAPPELLI, Sílvia. **O Estudo de Impacto Ambiental na Realidade Brasileira. Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. Coordenador: Antônio Herman V. Bejamin – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 156

¹⁵ **Constituição Federal, coletânea de legislação de direito ambiental**. Organizadora Odete Medauar; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004.

¹⁶ GOLDEMBREG, José. BARBOSA, Luiz Mauro. **O Meio Ambiente no Brasil e no mundo**. Disponível em <www.ambiente.sp.gov.br> Acesso em: 24/01/2005.

¹⁷ KLOETTZEL, Kurt. **O que é Meio Ambiente**. Ed.

Brasiliense. São Paulo, 1998. p. 45

¹⁸MILARÉ, Êdis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. 3ª Ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 108

¹⁹SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. **Direito Ambiental: Surgimento, Importância e Situação Atual**. História do direito brasileiro. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. – São Paulo: Atlas, 2003. p. 394-323.

²⁰ Disponível em <www.folha.com.br> Acesso em 24/01/2005

²¹ MILARÉ, Êdis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. 3ª Ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 217

²² KLOETTZEL, Kurt. **O que é Meio Ambiente**. Ed. Brasiliense. São Paulo, 1998. p. 10

²³ Esse termo foi usado pelo norueguês Arne Naess no início da década de 70 na sua escola filosófica, diferenciando “ecologia rasa” de “ecologia profunda”.

²⁴ APEL, Karl-Otto. **Estudos de Moral Moderna**. Tradução: Benno Dischinger. Petrópolis, Rio de Janeiro; Vozes, 1994. p. 74

²⁵ CAPRA, Fritjof . **A Teia da Vida. Uma nova compreensão dos sistemas vivos**. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. Ed. Cultrix. São Paulo, 1996. p. 25

²⁶ Ibid., p. 26

²⁷CAPRA, Fritjof . **As Conexões Ocultas. Ciência para uma vida sustentável**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Editora Cutrix. São Paulo, 2002. p. 267

²⁸ APEL, Karl-Otto. **Estudos de Moral Moderna**. Tradução: Benno Dischinger. Petrópolis, Rio de Janeiro; Vozes, 1994. p. 168

²⁹ Disponível em: <www.ppgte.cefetpr.br/semanatecnologia/comunicacoes/hans_jonas_e.pdf> Acesso em: 23/02/2005

³⁰ Disponível em: < www.ecoliteracy.org>

³¹ Disponível em: <www.secondnature.org>

³² MILARÉ, Édis apud Reale, Miguel. **Memórias**. Vol I. Editora Saraiva. São Paulo, 1987. p. 297.

³³ Declaração de Estocolmo de 1972.

³⁴ Jarbas Soares. p.60 (ver bibliografia)

³⁵ Item 4 da *Declaração de Veneza*.

³⁶ Capítulo 1, Preâmbulo da *Agenda 21 Global*.

³⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. 3ª Ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 217

³⁸ Disponível em: www.ambientebrasil.com.br Acesso em: 24/06/2005

³⁹ Preâmbulo da *Carta da Terra*.

⁴⁰ Princípios da *Carta da Terra*.

⁴¹ Revista *Superinteressante*, Fevereiro 2005. p.12

⁴² Jornal *O Povo*, Fortaleza, 27 de Fevereiro a 5 de Março de 2005.

⁴³ Jornal *O Povo*, Fortaleza, 27 de fevereiro a 5 de março de 2005.

⁴⁴ FONTE: IPCC, “Mudança do Clima 2001: A Base Científica. Sumário Técnico”, p. 26

⁴⁵ www.uol.com.br/sciam/conteudo Acesso em: 02/07/2005

⁴⁶ Palestra da Pra. Dra. Maria Artemísia Arraes Hermans, Fundação Escola Superior de Advocacia (FESAC), Fortaleza (CE), 2005

⁴⁷ **Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos, notas revisões e índices**. CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

⁴⁸ Ibid. p. 701.

⁴⁹ Ibid. p. 663.

⁵⁰ Ibid. p. 601.

⁵¹ Ibid. p. 491.

⁵² Ibid. p. 417

⁵³ Ibid. p. 301.

⁵⁴ SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. **Direito Ambiental:**

Surgimento, Importância e Situação Atual. .História do direito brasileiro. Organizador: Eduardo C. B. Bittar. – São Paulo: Atlas, 2003. p. 298

⁵⁵ Constituição Federal de 1988, art. 225, *caput*.

⁵⁶ Constituição Federal de 1988, art. 225, V.

⁵⁷ Constituição Federal de 1988, art. 225, *caput*.

⁵⁸ Constituição Federal de 1988, art. 225, §3º.

⁵⁹ **Constituição Federal**, art. 225, IV.

⁶⁰ **Lei 6.938/81**, art. 9º, III, IV.

⁶¹ MILARÉ, Êdis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência, Glossário**. 3ª Ed. Revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 429.

⁶² **Resolução CONAMA 237**, de 19 de dezembro de 1997, art. 11.

⁶³ Resolução do CONAMA 001/1986, art. 5º.

⁶⁴ **Resolução do CONAMA 001/1986**, art. 9º.

⁶⁵ Disponível em: www.fmna.org.br Acesso em: 05/07/2005. A Fundação é localizada na rua Olegário Memória. Bairro Água Fria em Fortaleza – CE.

⁶⁶ Essas fotos foram tiradas por nós na visita feita à Reserva no dia 02/06/2005

⁶⁷ Disponível em www.reservasapiranga.com.br. Acesso em: 05/07/2005

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Rosa de Fátima Barbosa de Oliveira

Advogada

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário.

1. INTRODUÇÃO

O artigo investiga a flexibilização trabalhista de uma forma principiológica, geral e sócio-jurídica, considerando os marcos de sua atuação na ordem legal brasileira. Procura-se, desse modo, facilitar um conhecimento que seja não somente abrangente da matéria, mas também questionador e crítico, e que permita balizar posicionamentos singulares e conclusões aguçadas sobre o tema.

A flexibilização das normas trabalhistas vem ocupando importante destaque no cenário das discussões sobre o mundo do trabalho na sociedade brasileira. Pretende-se, com a flexibilização, atualizar a legislação trabalhista no sentido de torná-la compatível com as recentes exigências do desenvolvimento nacional, favorecendo a democratização das relações de trabalho. Para alcançar tais objetivos, as alterações no marco normativo constitucional e infraconstitucional assumem como premissa conferir maior efetividade às leis do trabalho e adequá-las às novas características do mundo laboral, além de estimular a autocomposição de conflitos trabalhistas e sua resolução por meio da conciliação, mediação e arbitragem voluntárias.

Do tipo bibliográfico, o estudo é a um mesmo tempo descritivo e exploratório. Descritivo porque apresenta formalmente as opiniões e conceitos a respeito da flexibilização trabalhista, e exploratório porque se buscou alcançar modelos interpretativos úteis para o tema em questão.

2. PRINCÍPIOS ESPECIAIS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Princípio da Proteção e a Flexibilização Trabalhista

Um dos princípios mais adotados na doutrina trabalhista é o “Princípio da Proteção”. Por ser o empregado a parte mais frágil na relação contratual, existe no Direito Laboral uma preocupação central em protegê-lo, objetivando a igualdade substancial (*in dubio pro operario*, aplicação da lei mais favorável ou da condição mais benéfica) (Rodrigues, 1978). Por isso, para alguns estudiosos tal princípio é o corolário do Direito do Trabalho.

O “Princípio da Proteção”, assim, tem o objetivo de proteger o hipossuficiente, o empregado, em virtude de ser a parte mais frágil da relação jurídica, visando a atenuar, nesse plano, o desequilíbrio de forças que existe no plano fático do contrato de trabalho. Este princípio também é chamado de “Princípio Cardeal”, pois influencia todo o sistema jurídico do Direito do Trabalho. Daí que são proibidas distinções relativas à “espécie de emprego e à condição de trabalhador”, bem como entre o “trabalho intelectual, técnico e manual” (parágrafo único, do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, c/c inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal - CF).

Quanto à flexibilização, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 7º enuncia: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...”. Em tal dispositivo vê-se que há a possibilidade de o legislador ordinário prever outros direitos aos trabalhadores, abrindo portas à flexibilização, sem prejuízos ao trabalhador.

Importante é não confundir flexibilização com desregulamentação. Na desregulamentação do Direito do Trabalho, como o próprio nome sugere, ocorre a total

ausência da proteção social do Estado, admitindo que a regulamentação das relações de trabalho seja realizada de forma ampla pela autonomia privada.

2.2 Princípio da Primazia da Realidade sobre a Formalidade (Contrato Realidade)

Por esse princípio, a realidade fática prevalece sobre qualquer instrumento formal utilizado para documentar o contrato, pois as circunstâncias e o cotidiano na relação empregatícia podem vir a ser diversos do que ficou documentado, podendo por isso gerar mais obrigações e direitos entre as partes. A essência do ato jurídico é o fato, e não a forma.

O princípio em análise reza o seguinte. No caso de discrepância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, ou ao que sucede no terreno dos fatos. A regra está, conforme esse princípio, estreitamente relacionada à realidade que envolve o contrato de trabalho em sua execução². No momento de sua formalização, naturalmente, o contrato de trabalho é consensual. Porém, no tocante à execução, poderá ir assumindo formas outras, de tal sorte que se distancie do pacto inicial.

2.3 Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

Não podem ser objeto de negociação os direitos personalíssimos - direitos diretamente relacionados à pessoa: vida, saúde, integridade física, mental e moral,

² Note-se que a palavra “realidade”, nesse contexto, significa aquilo que existe efetivamente, como registra o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda, e não como vocábulo derivado de *res*.

higiene e segurança, direito da personalidade, direito moral, autoral, entre outros -, ou aqueles patrimoniais absolutamente indisponíveis, como os benefícios previdenciários ou fundiários. Segundo o art. 9º da CLT, “(...) serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação”.

Ressalte-se que o limite à liberdade do direito de dispor está diretamente ligado ao nível de proteção ao empregado, tendo-se em vista que poderia este, em face da imposição do poder dominante, sujeitar-se a condições inferiores, renunciando a direitos, o que certamente traria desequilíbrio às relações de emprego.

Percebe-se, desse modo, que o princípio da indisponibilidade de direitos é um meio de equiparar, no plano jurídico, os sujeitos da relação trabalhista. Contudo, tal princípio não tem base constitucional, mas em lei ordinária.

2.4 Princípio da Continuidade Contratual

O princípio da “Continuidade Contratual” gera presunção de que o contrato foi celebrado por tempo indeterminado, tomando por exceção o contrato a termo. Através desse princípio, o empregado conquista uma estabilidade na relação contratual e, por conseguinte, garante uma melhor segurança para si, parte mais frágil na relação jurídica. A flexibilização possibilita que o contrato de trabalho seja disciplinado de forma diversa do previsto em lei. A princípio, pode parecer que feriria o princípio tutelar do Direito do Trabalho, deixando de assegurar direitos já conquistados pelos trabalhadores. É tema polêmico que merece grandes debates.

2.5 Princípio da Liberdade Sindical

A Constituição Federal de 1988, particularmente no seu art. 8º, dispõe que a associação profissional ou sindical no Brasil é livre, sob certas condições inseridas nos incisos do artigo citado. O disposto no inciso IV, especialmente, estabelece que a assembléia geral do sindicato fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

A organização sindical brasileira sofre ainda as influências do modelo corporativo desenhado na década de 30 do século passado. A Constituição Federal de 1988, apesar de inserir o princípio da liberdade sindical em seu texto, manteve a unicidade, o sistema confederativo e a aglutinação dos trabalhadores em categorias profissionais.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL APLICÁVEIS NA ESFERA TRABALHISTA

3.1 Autonomia da Vontade

O art. 444 da CLT dispõe que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. O princípio merece tratamento destacado no âmbito do direito do trabalho, em que se reconhece um mínimo de proteção indisponível e irrenunciável. A propósito, cita-se abaixo o posicionamento dos Pretórios Trabalhistas, interpretando a vontade do legislador constituinte:

A regra, no Direito do Trabalho, é a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, não se admitindo flexibilização genérica, in pejus, orientação esta que tem suporte no próprio comando constitucional, art. 7º, caput, que assim dispõe: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...). Neste sentido, já decidiu o TRT 2º Região: “Conflito entre a lei e convenção coletiva”. A convenção ou acordo coletivo não pode pactuar de forma menos favorável que a lei. Pacto nesse sentido é de nenhum valor (art. 444, CLT) (TRT 2ª Região - 5ª Turma - Ano: 2002 - Processo: RO 02990167042, Relator: Francisco Antônio de Oliveira).

3.2 Cláusula *rebus sic stantibus* e a *Pacta sunt servanda*

Rebus sic stantibus é expressão que tem origem no Direito Canônico, sendo empregada para designar a teoria da imprevisão, segundo a qual a ocorrência de fato imprevisto e imprevisível posterior à celebração do contrato diferido ou de cumprimento sucessivo deve implicar alteração nas condições da sua execução. A cláusula *rebus sic stantibus* se encontra também no direito coletivo.

Por seu turno, *Pacta sunt servanda* é o instituto segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei. É aplicado de forma ampla no direito coletivo do trabalho, enquanto no âmbito do direito individual é aplicado com reservas, em virtude das garantias trabalhistas (Martins, 2003).

3.3 *Exceptio non adimpleti contractus*

A *exceptio non adimpleti contractus*, exceção do contrato não cumprido, é prevista no Código Civil nos artigos 476 e 477. O artigo 476 preceitua que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da obrigação do outro. Como exemplo, considere-se um contrato de prestação de serviços segundo o qual, simultaneamente, o contratante deve pagar o preço e o contratado executar o serviço. Ora, se o contratante não pagar, o contratado poderá se recusar a realizar o serviço. O artigo 477 trata da exceção nos contratos já concluídos. Rodrigues (2001), ao abordar o tema, diz que, como toda exceção, trata-se de um meio de defesa processual. Enquanto a ação representa um “meio de ataque”, a exceção é sempre um “instrumento de defesa” invocado pelo réu, a fim de paralisar aquela investida. Ressalva ainda o autor citado que, além de recíprocas, é mister que as prestações sejam simultâneas. Caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa. A aplicação desse vetor interpretativo dá-se em razão do caráter sinalagmático do contrato de trabalho. No entanto, a aplicação do princípio deve ser avaliada considerando o caso concreto e a boa-fé objetiva.

4. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

4.1 Na Constituição Federal

A tradição constitucional brasileira, no campo dos direitos trabalhistas, remonta a 1934, quando a Carta Política previu o primeiro núcleo de direitos sociais (artigos 120 a 122). Passou-se depois pela Constituição do Estado Novo (1967), que restringiu esse núcleo (art. 137); pela Carta Democrática de 1946, que o ampliou sensivelmente (art.

157); pela Constituição de 1967, emendada em 1969, com nova restrição de direitos laborais (art. 165); até atingir, finalmente, a Constituição de 1988, que alargou os direitos trabalhistas (art. 7º).

No Brasil, considerando a Constituição de 1988, pode haver redução de direitos trabalhistas em três casos: redução do salário (art. 7º, VI); redução da jornada de 8 (oito horas) diárias (art.7º, XIII); e redução da jornada de 6 (seis) horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (art.7º, XIV). Constitucionalmente, apenas esses três direitos podem ser flexibilizados, cabendo às partes determinar as normas que passarão a reger suas relações, de acordo com seus interesses, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (entendida aqui como misto de contrato e lei). Assim, admite-se a redução salarial ou a diminuição da jornada de trabalho, muitas vezes em troca de garantias que, por força das circunstâncias referidas, são mais vantajosas para determinada categoria de trabalhadores. São inúmeras as decisões do egrégio Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido. No que tange à possibilidade de diminuição da jornada de trabalho, verifica-se, de início, que, consoante trata o art.7º, XIII da Constituição Federal, a duração do trabalho no Brasil não pode ser superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, mas é permitida a redução por acordo ou convenção coletiva de trabalho. A redução da jornada sem diminuição dos encargos é, em princípio, benéfica para o trabalhador. Entretanto, pode ser inconveniente para o empregador se isso acarretar diminuição do nível de competitividade de sua empresa. Daí a necessidade de acordo entre as partes. A redução ou flexibilização da jornada pode ser encontrada sob variadas formas. Cite-se, entre outros, o exemplo do horário flexível, do banco de horas (sistema de compensação de horas-extras) e o sistema

norte-americano do *lay-off*, ocasião em que o empregado descansa em períodos de queda na produção, podendo o empregador pagar parte do salário e menos encargos sociais durante o período.

Também pode haver redução do intervalo de trabalho, sempre amparada em convenção coletiva. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) entende que se o interesse das partes na redução do intervalo da jornada de trabalho está explicitado em convenção coletiva, torna-se inexigível a autorização mediante inspeção prévia da autoridade do trabalho.

Quanto à redução salarial, embora, em princípio, pareça ser prejudicial para o trabalhador, deve-se observar que a mesma negociação que porventura preveja a redução salarial pode admitir, em compensação, a incorporação ou o aumento de outros direitos que, no final, podem trazer mais vantagens ao hipossuficiente.

O TST tem considerado que os princípios da flexibilização e da autonomia privada, consagrados pela Constituição da República, conferem aos Sindicatos maior liberdade para negociar com as entidades patronais, valorizando, assim, a atuação dos segmentos econômicos e profissionais na elaboração das normas que regerão as respectivas relações, cuja dinâmica torna impossível ao Poder Legislativo editar leis que atendam à multiplicidade das situações delas decorrentes. Espera-se, assim, uma maior liberdade de negociação, conseqüência da necessidade de flexibilização, impondo o fortalecimento dos sindicatos, ainda que em longo prazo.

4.2 Na Consolidação das Leis do Trabalho

O *caput* do artigo 468 da CLT, que arbitra acerca da alteração no contrato de trabalho, é bastante claro quando

relata: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

Sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo, deverá acompanhar a evolução da sociedade para sua vigência e permanência efetivas, adequando-se às modificações sociais e sujeitando-se ao interesse de ambas as partes: a do empregador, que tem o interesse de que sua empresa continue ativa; e a do empregado, que tem o interesse de prosseguir com seu emprego garantido.

Para que a flexibilização das normas trabalhistas exista efetivamente, é importante também que haja previsão legal dentro do artigo 468, autorizando as negociações coletivas a alterar normas para que haja uma adequação do que foi pactuado com a realidade do mercado e para que a relação contratual prossiga saudável para as duas partes, principalmente porque a prática do mercado requer rápidas atualizações e celeridade nas tomadas de decisões. Portanto, é preciso dar maior autonomia às partes e fortalecer as instituições dos sindicatos para que possam agir beneficentemente em nome dos interesses de seus representados.

Em outubro de 2001 foi encaminhado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 5483/2001 que altera o disposto no artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação atual é como se segue: “As empresas e instituições que não estiverem incluídas no enquadramento sindical a que se refere o art. 577 desta Consolidação poderão celebrar Acordos Coletivos de Trabalho com os Sindicatos representativos dos respectivos empregados, nos termos deste Título”. Com a modificação, o mesmo artigo passaria a ter a seguinte redação: “As condições de trabalho

ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho” (Projeto de Lei nº. 5483/2001). No entanto, o projeto foi aprovado na Câmara com algumas mudanças na redação original:

Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

§1º A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1995, a legislação tributária, a previdenciária e relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, bem como as normas de segurança no trabalho.

§2º Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federação a que estiverem filiados quando da negociação de convenção ou acordo coletivo previstos no presente artigo. (Projeto de Lei nº. 5483/2001)

Está claro que o Projeto referido acima representa uma revolução no direito do trabalho brasileiro, visto que inverte a hierarquia das normas, ou seja, o acordo

coletivo passa a ser superior à lei, ressalvadas as garantias constitucionais. Várias discussões foram suscitadas daí, desde a tumultuada sessão na Câmara dos Deputados que aprovou a redação, mas principalmente entre os doutrinadores do Direito do Trabalho.

Sendo a convenção ou acordo coletivo superior à lei, várias das garantias estabelecidas poderão ser objeto de modificações, dependendo do “poder de barganha” do sindicato ou da classe em questão no caso concreto. Na verdade, poucos sindicatos profissionais no Brasil possuem um poder real de discussão junto aos respectivos sindicatos patronais. Por isso, dificilmente conseguiriam manter suas garantias frente às propostas dos patrões, e, principalmente, à constante ameaça do desemprego.

Certo é que a flexibilização da CLT foi aprovada na Câmara no final de 2001, mas arquivada no Senado em 29 de maio de 2003, e, conseqüentemente, sem alterar qualquer direito trabalhista, tendo apenas suscitado a possibilidade de negociação entre empregado e empregador.

5. CLASSIFICAÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Pode-se classificar a flexibilização trabalhista por diferentes modos. Um dos critérios pode ser a legalidade ou ilegalidade da medida. Flexibilização legal seria aquela em que há a autorização da própria lei tal, como é o caso do artigo 7º, incisos VI e XIII da Constituição Federal. A flexibilização ilegal ocorreria quando tal instrumento do direito do trabalho fosse utilizado para ludibriar os direitos trabalhistas.

Outra classificação faz referência à finalidade da flexibilização. Nesse sentido, Martins (2003) ensina que a finalidade da flexibilização pode ser: (a) de proteção, visando

preservar a ordem pública social, de forma a adaptar a lei à realidade dos fatos, mediante acordos derogatórios; (b) de adaptação, em que são feitos acordos derogatórios; ou (c) de desproteção, quando há total supressão de direitos dos trabalhadores, que foram adquiridos no curso do tempo (op. cit. p.63).

Contudo, não se deve entender que derogar direitos e desregulamentar normas trabalhistas sejam espécies de flexibilização e, como foi dito, flexibilização não é o mesmo que desregulamentação.

5.1 Formas de flexibilização

A divergência sobre o instituto da flexibilização começa pelo seu próprio conceito. Martins (2003) prefere dizer que a flexibilização das condições do trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social.

O conceito mais geral é o de capacidade de adaptação às mudanças, conforme o qual o sistema é capaz de reagir aos choques de forma rápida e eficaz, transformando as normas e as práticas (institucionais, culturais, sociais, econômicas) que regulam o mercado e as relações de trabalho.

Há diversas formas de flexibilização, quais sejam: da remuneração; da jornada de trabalho; da contratação; do tempo de duração do contrato, da dispensa do trabalhador e outros. A seguir, serão descritas, em síntese, algumas dessas formas de flexibilização das condições do trabalho.

Flexibilização Salarial. É a adaptação dos salários às flutuações cíclicas, aos choques exógenos e à variação dos salários em função do desempenho das empresas. O ajuste do custo de trabalho é vinculado ao salário e aos encargos

sociais, resultado alcançado com flexibilização dos salários, e argumentado com o aumento do nível de emprego e a redução do desemprego. Portanto, para evitar o desemprego em massa, o empregador, no período de retração econômica, reduz o salário do empregado no intuito de diminuir os custos com encargos sociais. Ressalte-se que tal redução salarial só poderá ocorrer mediante convenção ou acordo coletivo, de acordo com o artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal.

Flexibilização da Jornada de Trabalho. Neste caso, almejam-se com a flexibilização mudanças na jornada de trabalho e na gestão do tempo de trabalho, quais sejam, fixação das jornadas normais e máximas de trabalho por semana ou mês, gestão das horas extras, ritmo do trabalho e descontinuidades, licenças, férias. O intuito da mudança no tempo de trabalho é contratar novos trabalhadores com menor jornada de trabalho e, por conseguinte, diminuir o desemprego. Observa-se que a flexibilização de horários é gênero, constituindo espécies a anualização, a recuperação e os horários individualizados. Note-se, a esse propósito, o que ensina Martins (2003):

A anualização compreende a divisão das horas de trabalho durante o ano, envolve a duração anual, a duração média e a duração máxima.

Na duração anual, há mais trabalho durante alguns meses do ano e pouco em outros.

Na duração semanal média, é fixado um limite mínimo e máximo de horas a serem trabalhadas dentro da semana, dentro de parâmetro anual. O trabalho acima de certo limite implica o pagamento de horas extras.

[...]

A recuperação é o trabalho a mais em certos dias para compensar a paralisação da empresa por algum motivo quando não foi possível trabalhar.

[...]

Os horários individualizados permitem ao empregado fazer seu horário dentro de um período obrigatório que é estabelecido. No dia que entrar mais tarde, sai mais tarde. Quando entrar mais cedo, deixa a empresa mais cedo. (Martins, 2003: p.70-71)

Flexibilização do Contrato de Trabalho. A flexibilização do contrato de trabalho dar-se-á através de diversas formas, dentre as quais se destacam: contrato de trabalho por tempo determinado, trabalho temporário, teletrabalho, trabalho intermitente.

- a) O contrato por tempo determinado é aquele que prevê o término da prestação de serviços pelo trabalhador nos casos expressamente previstos na legislação consolidada (CLT, artigos 443, 445 e 451). A mais importante justificativa para a contratação por tempo determinado é a inaplicabilidade de indenização de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como do aviso prévio. Destarte, torna-se menos oneroso para o empresário o término da relação contratual. A própria CLT autoriza o contrato de trabalho por tempo determinado. Contudo, o legislador tratou de elencar as possibilidades de ocorrer tal contratação, tendo em vista que a regra é a continuidade do contrato de trabalho e a exceção o contrato por tempo determinado. Ocorre que a Lei nº 9.601/98, em seu

artigo 1º estabelece, em síntese, a possibilidade da instituição de contratos temporários especiais (distintos daqueles previstos nos parágrafos do art. 443 e seguintes da CLT), por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sem as garantias ou exigências fixadas nos artigos 443, § 2º, 451, 479 e 480 da CLT. Garantida a possibilidade de ocorrer a contratação por tempo determinado sem a justificativa do artigo 433, § 2º, poderá ser estipulada a prorrogação do contrato de trabalho por mais de uma vez. Há uma parte da doutrina que considera a Lei nº 9.601/98 inconstitucional por ferir o artigo 7º, inciso I da Constituição Federal. Todavia, embora o *caput* do artigo 1º não contenha inconstitucionalidade direta, entendemos que as convenções e acordos nele baseados podem inserir norma involuntariamente inconstitucional se não fixarem qualquer cláusula distintiva dos contratos temporários, ou seja, se permitirem que os contratos temporários tenham como única distinção com os demais contratos em certas empresas ou categorias o fator tempo de duração, sem justificativas para tais limitações que conduzem à retirada de direitos gerais. Assim, é importante salientar a diferença que há entre o contrato de trabalho por prazo determinado previsto no artigo 443 da CLT e o contrato de trabalho por tempo determinado na lei nº 9.601/98. A primeira forma exige certos acontecimentos que são previstos no próprio dispositivo. A segunda pode ser realizada por qualquer atividade da empresa, além de não exigir as condições do referido artigo 443, parágrafo 2º. Porém, neste caso, exige-se a obrigatoriedade da participação do sindicato na convenção ou no acordo coletivo.

b) O trabalho temporário, por sua vez, é uma forma de contratação que se apresenta como alternativa econômica para as empresas que venham a necessitar de mão-de-obra para complementar o trabalho de seus funcionários e em situações excepcionais de serviço, a fim de atender uma necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente (trabalhador efetivo), como por exemplo, nas férias, licença-maternidade, licença-saúde e para atender acréscimo extraordinário de serviço, como “picos de venda” ou de “produção”, tarefas especiais não regulares, lançamentos de produtos, campanhas promocionais, entre outros. A Lei nº 6.019/74, que regulamentou o trabalho temporário, permitiu que as empresas contratassem novos empregados por até 90 dias, podendo ser prorrogada, uma única vez por igual período para atender a uma necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente. Os principais benefícios para a empresa empregadora é que, no final do contrato, não precisará pagar a multa de indenização de 40% do FGTS, bem como o aviso prévio. Os benefícios desta modalidade de contrato de trabalho são grandes se forem utilizados coerentemente, tendo em vista que acelera a adaptação às alterações do mercado, possibilitando uma mobilização e desmobilização da força de trabalho necessária a situações excepcionais de serviços. Entretanto, os empresários parecem estar abusando da prática do trabalho temporário, haja vista que, na prática, está ocorrendo a subcontratação de atividade-fim, o que caracteriza uma total desvirtuação dessa modalidade de trabalho.

Nesse sentido, o TST, no seu Enunciado 331, proibiu a subcontratação da atividade-fim, permitindo apenas a da atividade-meio, que é de apoio à empresa.

- c) Teletrabalho é o trabalho da era digital. Constitui uma modalidade de trabalho com características próprias. Ainda não subsiste legislação específica em nenhuma parte do mundo, como deveria haver, o que dificulta a adoção por parte da sociedade do método de trabalho em questão, tendo em vista que não há segurança jurídica acerca desse tipo de relação trabalhista. A relação jurídica existente no contrato de teletrabalho pode ser tanto de emprego como simplesmente de trabalho, dependendo do tipo e natureza do serviço a ser desempenhado e da vontade das partes ao pactuarem as regras para a prestação do serviço. Todavia, o Teletrabalho pode ser realizado com vínculo empregatício como, por exemplo, no caso de um promotor de vendas.
- d) Mediante a modalidade de trabalho designada trabalho intermitente o empregado só presta serviço nos períodos em que há necessidade de trabalho. Há uma descontinuidade na relação laboral, tendo em vista que o empregado não labora todos os dias. Assim, dependendo do caso, pode inexistir vínculo empregatício. Importante é não confundir trabalho intermitente com trabalho temporário, já que neste último caso, o trabalhador presta serviços por no máximo três meses, e naquele, o empregado não tem certeza sobre quando vai trabalhar e nem de quanto tempo estará empregado. Note-se que a modalidade de trabalho em epígrafe é muito corriqueira em hotéis e no comércio.

6. A ORGANIZAÇÃO SINDICAL FRENTE AO FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Diante do fenômeno da flexibilização, espera-se que o sindicato seja capaz de defender sua categoria com eficácia. A Constituição Federal, em seu art. 8º, dispõe ser livre a associação profissional ou sindical. Interpretando o *caput* do artigo, *a priori*, presume-se a mais absoluta liberdade sindical, mitigada logo após pela leitura dos incisos subseqüentes, especialmente o II. O atual sistema sindical, assim, tem as seguintes bases: a) uma só entidade representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, o que se entende por unicidade sindical (um só sindicato, uma só federação, uma só confederação); b) base territorial limitada a, pelo menos, um município, impossibilitando, assim, o sindicato de empresa, mas não vedando sindicatos intermunicipais, estaduais, interestaduais e nacionais; c) direito do trabalhador ou empregador definir a base territorial, possibilitando, portanto, o desmembramento da entidade sindical que detenha a base em mais de um município.

Percebe-se, ao tratar desse modo o assunto, o grande paradoxo que a Constituição da República de 1988 instituiu no nosso ordenamento jurídico, constatado por Nascimento (2004), que assim o descreve: “[...] se de um lado ao Estado está proibida a intervenção na organização sindical; de outro, são impostos grandes obstáculos ao seu livre desenvolvimento, através das restrições constitucionais” (p.152). Por exemplo, o princípio da unicidade sindical, pelo qual deve haver apenas um único sindicato por área de atuação, pode não favorecer o desempenho de um trabalho eficaz, tendo em vista eliminar a liberdade individual de escolha. Faz-se necessário uma efetiva liberdade sindical, por meio da qual, na esfera coletiva, as entidades sindicais

gozassem de liberdade de associação, de organização e de administração no exercício de suas funções. Na esfera individual, o trabalhador teria a possibilidade de se filiar ao sindicato de sua livre escolha, ou mesmo de não se filiar a nenhum sindicato, caso em que seria eliminada a contribuição compulsória imposta constitucionalmente.

6.1 Negociação coletiva

A negociação coletiva, em regra, realiza-se através dos sindicatos que aprovam em assembléia dos seus representados qual a pretensão querem aceita pelos empregadores. Depois, iniciam conversações com o patronato para tentar obter aquilo que os trabalhadores definiram como objetivo de tais negociações.

O novo marco normativo das negociações coletivas deve considerar a realidade dos setores econômicos, das empresas, das unidades produtivas, por um lado, e as necessidades dos trabalhadores, por outro, ressalvados os direitos definidos em lei como inegociáveis. Os princípios da negociação coletiva são: a) obrigatoriedade da negociação; b) publicidade do processo de negociação coletiva, em virtude da qual, com base no princípio de acesso à informação, as partes definirão o elenco de dados necessários ao processo de negociação; c) a lei não poderá cercear o processo de negociação coletiva; d) os instrumentos normativos decorrentes das negociações coletivas, desenvolvidos na forma da lei, terão plena eficácia e reconhecimento jurídico; e e) estabelecimento de critérios relativos às prevalências dos níveis e abrangência dos instrumentos.

As negociações coletivas voluntárias devem ser incentivadas sem qualquer restrição, especialmente em relação às chamadas datas-base, que poderão ser estabelecidas pelas partes de comum acordo.

Quando a negociação coletiva é realizada com a participação do sindicato, é possível, em determinadas situações, que prevaleça o negociado sobre o legislado, tendo em vista que, através da negociação coletiva, é possível a solução do conflito entre capital e trabalho de forma mais coerente e legítima. Desse modo, a negociação coletiva eficaz poderá diminuir ou até mesmo solucionar o problema da rigidez normativa e dos altos encargos sociais. Por conseguinte, os empregadores teriam como efetivar a formalização de seus trabalhadores e pagar melhores salários.

Ressalte-se que nossa Constituição reconheceu em seu artigo 7º, inciso XXVI, as convenções e os acordos coletivos de trabalho. Portanto, a flexibilização trabalhista deverá continuar a ocorrer. Todavia, é necessária uma reestruturação política, jurídica, social e humana, de modo que, por essa via, a negociação coletiva possa servir como um benefício geral para a realidade nacional.

7. FLEXIBILIZAÇÃO NO CONTEXTO POLÍTICO ATUAL

Apesar de temida pelos setores trabalhistas da sociedade, a flexibilização das relações de trabalho já vem ocorrendo há algum tempo, sob a forma de leis como a que permite o trabalho temporário e a formação de cooperativas. Esta é uma tendência antiga, e que deverá ser intensificada se a reforma trabalhista proposta pelo governo atual levar em conta a transformação das relações de trabalho no país. É pouco provável que a discussão sobre a flexibilização seja retomada pelo Congresso com a brevidade esperada, em face do ano eleitoral que se aproxima e da crise política.

Em sua campanha eleitoral, o atual Presidente da República assumiu o compromisso de promover a reforma para modernizar as relações de trabalho no Brasil.

Empossado, ele assegurou que nada seria feito de maneira impositiva. Em fevereiro de 2004, o Presidente se pronunciou sobre o tema e defendeu a flexibilização da legislação trabalhista, incluindo a substituição da multa de 40% sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o fim do adicional de um terço a que os trabalhadores têm direito durante as férias.

A classe empresarial sentencia que o sistema brasileiro de relações trabalhistas está superado, sendo por isto necessário rediscutir o atual marco normativo constitucional e infraconstitucional. O projeto de reforma entregue ao Congresso Nacional por Ricardo Berzoini propõe pontos polêmicos, tais como: a) o fim da unicidade sindical; b) a extinção escalonada do imposto sindical no prazo de 4 (quatro) anos; c) a atribuição às Centrais Sindicais de negociarem pelos trabalhadores e/ou indicarem o sindicato representativo para a negociação; e d) a eliminação da representação por categoria ou profissão.

Conforme afirmado no inciso X do art. 2º do Projeto,

[...] os litígios entre as entidades sindicais pela legitimidade para negociação serão submetidos à central sindical a que elas sejam filiadas ou à comissão mista composta pelas diversas centrais sindicais quando elas forem filiadas a centrais distintas; ou por mediação e arbitragem, quando não houver acordo na comissão mista ou quando as entidades não forem filiadas a qualquer central. (Projeto da Reforma Trabalhista)

O Projeto limita, dessa forma, os benefícios da negociação sindical aos filiados do sindicato, ao instituir que

este representa apenas seus filiados.

Em sendo mantida a diretriz política dos países menos desenvolvidos consistente em fazer prevalecer o fato econômico, com prejuízo das ações públicas de integração social, torna o problema da justiça social ainda mais difícil, pois na mesma proporção em que cresce o número de trabalhadores reduzidos a condições análogas a da escravidão, o desenvolvimento econômico e social desses países diminui, tornando os atores sociais quase impotentes, porque cada vez mais dependentes do capitalismo global (claro que há quem se aproveite da situação com o objetivo de ampliar os lucros em mercados mais promissores). Espera-se por medidas eficazes que distribuam a renda nacional e causem crescimento econômico, a fim de que ocorra realmente redução das taxas de desemprego. Caso contrário, em sendo o mercado de trabalho exigente, o poder econômico da população brasileira fica longe do conhecimento e da reciclagem profissional.

Diante do quadro apresentado e seguindo o mesmo raciocínio, assevera-se que nunca existirá crescimento social sem medidas eficazes e consistentes que combatam verdadeiramente a pobreza, o analfabetismo e que disponibilizem instrumentos disseminadores de saúde preventiva e curativa. No entanto, constatam-se vezes de continuísmo na política assistencialista, agravado por escândalos de malversação do erário público. A corrupção parece um mal crônico instalado nas bases do poder e que sempre emperram a justiça social.

8. CONCLUSÃO

O estudo destacou, no último ponto, os efeitos da profunda crise econômica do país, reforçando a idéia de que o nível de emprego depende do comportamento da

economia globalizada. O problema atual do desemprego pode ser entendido como resultado do esgotamento do processo de desenvolvimento econômico.

A globalização, via de regra, vem acompanhada de uma acirrada concorrência, escassez da oferta de trabalho, diminuição da necessidade de trabalho humano na linha de produção pelo uso de tecnologias avançadas, informalidade e subemprego. Diante dessa realidade, a flexibilização trabalhista nasce como um instrumento de política social, caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, sendo de importância fundamental a participação conjunta de trabalhadores e empresários para uma eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos comuns o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. Como consequência desse processo de adaptação surgem diversas formas de flexibilização.

A flexibilização não significa desregulamentação, pois esta é caracterizada pela total ausência do Estado. Ressalte-se, a esse propósito, que o Estado deve participar ativamente do processo de flexibilização, garantindo direitos aos trabalhadores, de modo que tal postura minimize as desigualdades entre empregados e empregadores. Assim é que a flexibilização deve ter como objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social com implicações na relação entre o capital e o trabalho, sempre levando em conta e valorizando os direitos fundamentais da pessoa humana.

A mitigação de um direito em prol da garantia e da continuidade da relação laboral é aceitável. Tal argumento, a princípio, parece ser paradoxal, mas a partir do momento que um direito do trabalhador é minimizado visando a um bem maior (que pode ser a própria garantia

de emprego), percebe-se a importância da flexibilização como um instrumento de diminuição do desemprego e de favorecimento do crescimento econômico. Trata-se de aplicação concreta do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sendo a ponderação de interesses o marco entre a relativização e a segurança jurídica.

Diante do fenômeno da flexibilização, o sindicato deveria ser capaz de defender sua categoria firmemente. Porém, o que se vê hoje são sindicatos fracos e sem representatividade efetiva. O Brasil adota o princípio da unicidade sindical, devendo existir apenas um sindicato na mesma área de atuação, o que emperra o desempenho de uma dinâmica atuação sindical, uma vez que elimina a liberdade individual de escolha. Alcançar uma efetiva liberdade sindical no país torna-se, por isso, imprescindível. Na esfera coletiva, as entidades sindicais passariam a gozar de liberdade de associação, de organização e de administração no exercício de suas funções. Na esfera individual, o trabalhador teria a possibilidade de filiar-se ao sindicato de sua livre escolha ou até de não se filiar a nenhum sindicato e, por conseguinte, seria eliminada a contribuição compulsória imposta pela nossa Carta Magna. Assume-se, por essas razões, a necessidade e urgência da formação de sindicatos livres de quaisquer influências governamentais e patronais.

A implementação da flexibilização é um caminho sem volta e deve ser discutida em processo gradativo e sem prejuízo ao trabalhador, a quem se devem garantir direitos inegociáveis que são o alicerce de uma sociedade justa. Compreende-se que desse modo reforça-se a igualdade preconizada por Aristóteles, para quem os iguais devem ser tratados igualmente.

REFERÊNCIAS

- Boletim Juris Síntese**, edição 2000, em CD ROM.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- Constituição Federal, Consolidação das leis do trabalho, legislação trabalhista e previdenciária /** Organização Nelson Mannrich; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com coordenação de Gisele de Melo, 5ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004
- MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 3ed. São Paulo: Attas, 2003.
- MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 5ed. São Paulo: Atlas. 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 3ed. São Paulo: LTr. 2004.
- NETTO, André L. Borges. **Razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos)**. Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, n.12, Maio / 2000. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm. Acesso em: 12 jun. 2005.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- Revista Forense. *Due process of law* - Disponível no site: http://ww.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm. Acesso em: 23 jun.2005
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 29ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.3.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio escolar da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições do direito do trabalho**. 17ed. São Paulo: LTr, 1997. Vol.2.

Superior Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.tsf.gov.br>. Acesso em: 03. maio. 2006.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tsj.gov.br>. Acesso em: 03. maio. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02. maio 2006.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

ABREU, Rogério Roberto G. de. **Modernização das relações de trabalho** - Falácias do discurso neoliberal. Disponível em: <http://www.trt13.gov.br/revista/6rogerio.htm>. Acesso em: 27. abril. 2006

ADIn 1.408-DF, 15.02.96; ADIn 1.358-DF, Relator Min. Sydney Sanches, 07.12.95; ADIn 1.158/AM, Rel. Min. Celso de Mello, 19.12.94, Suspensão de segurança n. 1.320/DF, Relator Min. Celso de Mello, 14.04.1999; ADIn 1.407/DF, ADIn 1.479/RS, HC n°. 77.003/PE

ARAGÃO, Paulo Maria. **A Era do desemprego**. Revista Pensar- Fortaleza, v.5, nº 5, p.173-204, fev.2000.

BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4ed., São Paulo: Saraiva 2001, p. 214.

Flexibilização no direito do trabalho / Organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho. 2ed., São Paulo: IOB Thomson, 2004.

FRANCO, Georgenor de Souza. Globalização – Desemprego: **Mudanças nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

JÚNIOR ZAHLOUTH, Carlos. **Direitos sociais**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/dirsoci>. Acesso em: 03.abril. 2006.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: Ltr, 1997.

PASTORE, José. **A patologia da informalidade**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/relacoestrabalhistas/230.htm>. Acesso em: 03. maio. 2006.

RAMOS, Augusto César. **Direitos humanos e cidadania**. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/front.htm>. Acesso em: 12. maio.2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.



Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 - Água Fria - 60.811-670 - Fortaleza-Ceará
Telefone (85) 3278.42.04 - e-mail: esmec@tj.ce.gov.br

www.tj.ce.gov.br/esmec

INSTRUÇÕES ESPECÍFICAS PARA O ENVIO E RECEBIMENTO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO

Os originais dos artigos deverão ser enviados por meio de correio eletrônico para o e-mail esmec@tj.ce.gov.br ou proflavio2004@yahoo.com.br. Cópia impressa do artigo, com as folhas rubricadas pelo autor e assinado ao final, deverá ser enviada aos cuidados da Secretaria Executiva da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), com endereço físico à Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Edson Queiroz, CEP 60811-670, Fortaleza-CE. Os artigos enviados deverão obedecer, obrigatoriamente, à seguinte **formatação textual**:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 30 (trinta) páginas;
- b) formato do papel deve ser A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, salvo nas notas de rodapé e nas citações, nas quais deve ser utilizado espaçamento simples;
- c) fonte Times New Roman;
- d) tamanho 12, exceto nas citações longas (recuar 4 cm, manter mesma fonte, reduzir para tamanho 10);

- e) parágrafos com entrelinha simples, sem espaçamento entre eles;
- f) o artigo deverá conter os seguintes elementos pré-textuais: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos; sumário, com indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho; resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, de até 100 palavras.

Além disso, os **originais do artigo** deverão ser apresentados, obrigatoriamente, da seguinte forma:

- a) em 1 (uma) via, impressa em papel A4;
- b) com indicação do(s) autor(es) do trabalho e data de elaboração;
- c) com indicação da situação acadêmica, títulos e instituições nas quais a atividade principal do(s) autor(es) é exercida.

Os trabalhos que não obedecerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los para o próximo número, desde que efetuadas as modificações necessárias. O autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração de artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028 e suas posteriores atualizações, quando houver. Em caso de dúvida, é sempre possível manter contato com o organizador dos textos para publicação na revista, cujo endereço eletrônico encontra-se disponibilizado acima.

Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Themis. O autor receberá gratuitamente três exemplares do número da Revista no qual conste artigo de sua autoria.

Este número da revista foi composto na fonte Arial, corpo 12.
O miolo foi impresso em papel tipo AP 75 g/m² e
a capa em cartão supremo 240 g/m². Impresso no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.
Av. Ministro José Américo s/n - Cambéa - Fortaleza-CE.
Fone/Fax: (85) 3216.2634