

**Revista**  
**ESMAFE**

**Escola de Magistratura  
Federal da 5a. Região**

**TRF 5a. Região  
Recife – Pernambuco  
Nº 12 – 2007**

*EDITORIA*

**Humberto Vasconcelos – Editor**  
**Creuza Aragão – Coordenadora da ESMAFE - 5ª**  
**Nancy Freitas – Supervisora**

*IMPRESSÃO*

**Indústrias Gráficas Barreto Limitada**  
**Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada**  
**52041-430 - Recife - PE**  
**graficabarreto@terra.com.br**

*TIRAGEM*

**500 exemplares**

*CAPA*

**André Gonçalves Garcia**

**REVISTA ESMAFE – 5a.**

**ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**RUA DO BRUM, 216 – BAIRRO DO RECIFE**  
**50030-260 – RECIFE – PE**  
**esmafe@trf5.gov.br**

REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 12. Março 2007. 200p.

1. PODER JUDICIÁRIO – BRASIL. 2. DIREITO INTERNACIONAL. 3. DIREITO ADMINISTRATIVO – BRASIL. 4. AGÊNCIAS REGULADORAS DE ATIVIDADES PÚBLICAS. 5. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. 6. DIREITOS HUMANOS – BRASIL. 7. DIREITO E FILOSOFIA. 8. PESSOA, EPITÁCIO, 1865-1942 – COMEMORAÇÕES.

ISSN 1807-6203  
PeR-BPE 07-0226

CDU 34(81)  
CDD 340

**ESCOLA DE MAGISTRATURA  
FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

**DIRETORIA**

**MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI - Diretora  
Desembargadora Federal**

**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - Vice-Diretor  
Desembargador Federal**

**CONSELHO EDITORIAL**

**Des. Federal Ridalvo Costa  
Desa. Federal Margarida de Oliveira Cantarelli  
Des. Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas  
Juiz Federal Carlos Rebêlo Júnior**

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

**DESEMBARGADORES FEDERAIS**

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI  
Presidente

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Vice-Presidente

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Corregedor

RIDALVO COSTA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Diretor da Revista

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

## Sumário

Editorial .....	7
ARTIGOS .....	9
Epitácio Pessoa e o Direito Internacional .....	11
<i>Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli</i>	
O Controle das Agências Reguladoras .....	23
<i>Promotora de Justiça Adriana Medeiros Gurgel de Faria</i>	
Soberania e Poder de Tributar .....	37
<i>Juiz Federal Alcides Saldanha Lima</i>	
Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo .....	51
<i>Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	
Uma Análise Crítica da Interpretação na Teoria Pura do Direito .....	97
<i>Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler</i>	
A Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos e o Caso do Menino João Hélio .....	109
<i>Juiz de Direito João Hora Neto</i>	
El Juicio por Jurados y sus Posibles Beneficios para la Democratización y Publicidad del Accionar de la Justicia .....	115
<i>Professor Jorge O. Bercholc</i>	
Das Questões Políticas e da Possibilidade do Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário .....	127
<i>Juiz Federal Nagibe de Melo Jorge Neto</i>	
A Aplicação da Lei dos Crimes Ambientais: Há Comprovação de Eficácia na Nova Legislação? .....	143
<i>Professor Terence Dornelles Trennepohl</i>	
Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso .....	155
<i>Juiz Federal Carlos Wagner Dias Ferreira</i>	
A Responsabilidade Civil da Patrocinadora pelo Resultado Negativo das Aplicações das Reservas Matemáticas pela Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC .....	179
<i>Advogado Carlos Antônio Silva</i>	



## **EDITORIAL**

O presente número 12 da Revista da ESMAFE-5ª, correspondente ao período de janeiro a abril de 2006, somente agora chega à sua edição, em função do processo de definição do quadro financeiro destinado a assegurar a continuidade regular de sua circulação. Registre-se a satisfação daqueles que se têm empenhado para que este veículo continue a cumprir o papel que lhe foi assinalado, de divulgar o pensamento da comunidade jurídica que labora na 5ª Região Judiciária Federal e repercutir matérias que reflitam preferencialmente os interesses de seus jurisdicionados.

Destaque especial do período é o início do MBA em Poder Judiciário, realizado em parceria com a Fundação Getúlio Vargas. Indiscutivelmente, uma grande conquista para a Justiça Federal da 5ª Região, que possibilita a magistrados e servidores o acesso a um curso de pós-graduação estruturado especificamente para atender às peculiaridades do Poder Judiciário.

O curso, que está sendo ministrado através da Seção Judiciária do Ceará, conta com a participação de 30 juízes e 15 servidores. Teve início em março de 2006 e será concluído em junho/2007. Adota abordagem multidisciplinar, não ficando limitado a uma visão puramente jurídica dos temas trabalhados, o que possibilita a formação de profissionais qualificados a desenvolver um conceito moderno de administração aplicável aos diversos serviços judiciários, com todas as peculiaridades que os distinguem em seus variados graus de jurisdição.

De destacar igualmente a variedade temática do presente número, aliás característica predominante deste periódico, desde os seus primeiros números, opção dos ilustres componentes de seu Conselho Editorial.

Neste número 12, a partir de excelente contribuição da Desembargadora Margarida Cantarelli para o conhecimento de uma das facetas da rica personalidade de Epiácio Pessoa – o seu saber jurídico, construído no espaço consagrado de nossa Faculdade de Direito do Recife, o leitor vai encontrar um elenco de trabalhos jurídicos de alta relevância e atualidade.

Lições primorosas sobre a figura das sentenças aditivas de um douto observador da dinâmica constitucional na estrutura do Estado moderno, em face de questões de complexidade sempre crescente, que reacendem a discussão da

natureza da sentença e sua eficácia na rotina dos serviços jurisdicionais; atualíssimas e igualmente enriquecedoras as reflexões dos demais ilustres articulistas cujos trabalhos, entre outros, integram esta edição, ora promovendo referências a temas como o recorrente controle das Agências Reguladoras e a federalização de crimes contra os Direitos Humanos, ora chamando atenção para questões filosóficas de interpretação jurídica e para temas momentosos como os ligados ao Direito Ambiental e à sonhada democratização da Justiça.

Conta-se, com estas ligeiras referências, a história desta publicação, que continuará a desempenhar o papel que lhe foi assinalado na estrutura da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, mercê de providências oportunas de sua atual direção.

Recife, março de 2007.

A Editoria.

# ARTIGOS



# EPITÁCIO PESSOA E O DIREITO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

**Margarida de Oliveira Cantarelli**

*Desembargadora Federal*

É com grande satisfação que venho participar deste Simpósio em Homenagem a Epiácio Pessoa, promoção do Núcleo da Paraíba da Escola Federal de Magistratura da 5ª Região, tão bem dirigido pelo ilustre colega e amigo, Juiz Alexandre Costa Luna Freire.

Todas as homenagens prestadas a Epiácio Pessoa sempre estarão aquém da figura de tão eminente filho desta terra, que transcendeu ao seu torrão natal, tornando-se um símbolo de serviço ao Brasil e dando expressiva colaboração ao Direito e às relações internacionais.

Tenho muito orgulho de ser cidadã honorária da Paraíba, entre inúmeras razões, por ter me tornado conterrânea de Epiácio Pessoa. Na ocasião em que recebi o título, na Assembléia Legislativa do Estado, tive a oportunidade de salientar, mesmo que brevemente, alguns ângulos da sua vida, da sua contribuição ao Brasil e da participação internacional deste paraibano de Umbuzeiro, nascido em 1865, e que teve parte da sua formação no Estado de Pernambuco e na Faculdade de Direito do Recife.

Órfão de pai e mãe aos oito anos de idade, veio para o Recife e sob a orientação do seu tio, o Barão de Lucena, entra no Ginásio Pernambucano, em 1874. Matriculou-se na Faculdade de Direito do Recife em 1882 e fez, segundo narra Clóvis Beviláqua<sup>2</sup>, em sua obra sobre a História daquela Casa do Direito,

---

<sup>1</sup> Texto completo da palestra proferida durante o Simpósio em homenagem a Epiácio Pessoa promovido pelo Núcleo da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, em João Pessoa, no dia 8 de agosto de 2005.

<sup>2</sup> Beviláqua, Clóvis – História da Faculdade de Direito do Recife, Livraria Francisco Alves, 1927, Rio de Janeiro, p 1º vol. p.284 e 2º vol. p. 202 e seguintes.

“um dos cursos mais brilhantes de que houve tradição da Faculdade, obtendo distinção em todos os anos”, bacharelando-se em 1886.

Em Pernambuco, chegou a ser Promotor de Justiça nas Comarcas de Bom Jardim e do Cabo de Santo Agostinho. Com a proclamação da República foi secretário do Governo da Paraíba, ingressando desde então na política do Estado.

Em 1891, foi nomeado catedrático da Faculdade de Direito do Recife, no curso de Notariado<sup>3</sup>. Representou a Paraíba como Deputado na Assembléia Constituinte para a elaboração da primeira Carta Constitucional Republicana (1890/1891), tornando-se, em 1898, o Ministro da Justiça no Governo Campos Sales. “Logo se empenhou em realizar a velha promessa do governo brasileiro de dotar o país com um Código Civil, e para tamanha empreitada”, convocou, em 1899, o também professor da Faculdade de Direito do Recife, Clóvis Beviláqua, para a redação do projeto. Nomeou a Comissão que o devia rever, sob sua presidência, e acompanhou com interesse as discussões na Câmara. Muito mais tarde, já em 1915, quando o projeto volta ao Senado, estava Eptácio Pessoa como Senador, sendo designado para redigir o parecer, o que fez com a superioridade de sempre. O Código Civil foi largamente fruto do seu pensamento e recebeu dele expressiva contribuição, não podendo se dissociar o seu nome de um dos mais notáveis monumentos da História do Direito pátrio.

Nomeado em 1902 para o Supremo Tribunal Federal, com 36 anos, exerceu brilhantemente a magistratura até 1912, constando nos registros do Supremo que “nunca foi vencido como relator de um feito, fato talvez único na história da Corte”<sup>4</sup>.

Antes de adentrar na apreciação do Projeto de Código de Direito Internacional Público, ressaltou outros trabalhos de Eptácio Pessoa que não passam despercebidos daqueles que estudam a vida e a obra de tão ilustre brasileiro. O estudo sobre “Terrenos de Marinha”, publicado pela Imprensa Nacional em 1904 e pela Revista de Direito, vol. XIII, “A fronteira oriental do Amazonas”, em 1917, os Pareceres e discursos entre 1917 e 1918 são os melhores comentários à emenda do Código Civil na opinião abalizada de Clóvis Beviláqua.

Na 3ª Conferência Interamericana realizada no Rio de Janeiro, em 1906, foi Delegado do Brasil na Comissão de Jurisconsultos encarregada da codifica-

<sup>3</sup> op. cit. 2º vol. p. 202

<sup>4</sup> site do Supremo Tribunal Federal

ção do Direito Internacional, dando continuidade aos trabalhos apresentados em Conferência anterior, ocorrida no México, por um pernambucano, também professor da Faculdade de Direito do Recife, José Hygino Duarte Pereira, que falecera durante a referida Conferência.

O “Projeto de Código de Direito Internacional Público”, elaborado por Epitácio Pessoa, foi publicado pela Imprensa Nacional, em 1911, é uma obra de grande valor jurídico, com antecipações na visão das relações internacionais que surpreendem o estudioso e permanece, em muitos aspectos, ainda atual, mesmo sendo uma obra escrita há exatos cem anos, de um século de profundas transformações como foi o século XX. O Projeto foi considerado por Levi Carneiro como “a síntese da melhor doutrina sobre esse difícil ramo da ciência jurídica”<sup>5</sup>

Na introdução feita pelo próprio Epitácio Pessoa à publicação do Código, afirma:

*“Revivendo a idéia do projeto apresentado à Segunda Conferência Internacional Americana pelo Delegado brasileiro Dr. José Hygino Duarte Pereira, idéia que surgira pela primeira vez no famoso Congresso de Panamá, convocado por Bolívar em 1826, e que desde então representa uma aspiração do continente, a Terceira Conferência reunida nesta Capital<sup>6</sup> em 1906, deliberou confiar a uma comissão de jurisconsultos a tarefa de organizar dois códigos, um de Direito Internacional Privado e outro de Direito Público Internacional, destinados a regular as relações entre os Estados da América”<sup>7</sup>.*

E mais adiante afirma, com humildade:

*“O Projeto de Código de Direito Internacional Público que se vai ler é uma modestíssima contribuição aos trabalhos da comissão criada pela Terceira Conferência, trabalhos que se devem iniciar dentro de alguns meses.*

<sup>5</sup> op. cit. p.333.

<sup>6</sup> a capital a que se refere o autor é o Rio de Janeiro.

<sup>7</sup> Pessoa, Epitácio – Projeto de Código de Direito Internacional Público, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1911, ps. IV e V

*Na sua elaboração pusemos o maior esforço em harmonizá-lo, tanto quanto possível, com os tratados concluídos pelos Estados americanos entre si e com as convenções por eles assinadas nas conferências pan-americanas e nas da Haya, procurando assim escoimá-lo de toda feição doutrinária e dar-lhe um caráter prático e positivo”.*<sup>8</sup>

O Projeto, com 721 artigos, está dividido em duas partes, como ocorria com as obras de Direito Internacional da época: uma dedicada à paz (subdividida em cinco Livros e estes em capítulos, títulos) e a segunda, à guerra (subdividida em dois Livros, capítulos, títulos).

O autor afirma em nota ao Livro I (Dos Estados como pessoas de direito internacional) que procurou evitar o mais possível as definições que estariam melhor colocadas nos textos doutrinários, todavia, entendia conveniente indicar as características das pessoas internacionais, cujas relações o Código deveria reger. Assim, inicia não com uma definição de Estado que, na época, era o único sujeito do Direito Internacional, mas com a descrição dos seus elementos constitutivos:

Art. 1º: Considera-se Estado, para efeitos deste Código, uma reunião permanente de indivíduos que habitem um território determinado e obedeçam a um mesmo governo, incumbido da administração da justiça e da manutenção da ordem.

Art. 2º: O Estado é a pessoa internacional por excelência, com todas as faculdades e obrigações que o Direito atribui a essa qualidade.

As Organizações Internacionais praticamente não existiam (salvo a União Postal Universal e outras poucas) e o indivíduo também não aparecia na condição de pessoa internacional, exceto em alguns casos, como a pirata.

Um ponto destacável relativo à personalidade internacional do Estado está no art. 3º, quando especifica que o Estado federal constitui uma só pessoa internacional que era o caso do Brasil.

Art. 3º: O Estado federativo constitui uma só pessoa internacional.

Seria impossível apreciar todos os 721 artigos do Projeto de Eptácio no tempo de uma palestra. Assim, destacaremos apenas alguns artigos inseridos em

<sup>8</sup> op. cit. p. VI

capítulos que ostentem aspectos de atualidade ou mesmo de antevisão do tempo que estava por vir.

O Livro II cuida da soberania dos Estados, tema ainda hoje complexo, causa de desentendimento entre os povos levando, em muitos casos, até à própria guerra. O Projeto procura, com objetividade, determinar os espaços sob a soberania de cada Estado, as formas de delimitação, não incorpora definições acadêmicas, pois era essa realmente a intenção do seu autor, no que, ao meu sentir, tinha completa razão. Aliás, a forma utilizada no Projeto tem sido adotada em várias Constituições modernas.

Diz o art. 27:

*“A soberania dos Estados estende-se ao seu território propriamente dito, ao mar territorial, ao espaço aéreo correspondente e às pessoas e coisas que se acharem dentro desses limites, nos termos das disposições seguintes”*

Os artigos posteriores tratam da noção de território, não só do território propriamente dito, mas também dos portos, lagos, rios e da divisão dos rios quando fronteiriços. No art.31 estabelece que o “thalveg” é o limite da soberania nos rios que servem de fronteira.

No art.53 estabelece a largura do mar territorial, fixando-a em seis milhas marítimas, o que só veio a ocorrer, em texto internacional, com a Convenção de Direito do Mar celebrada em Montego Bay, em 1982, sob os auspícios das Nações Unidas, que a estabeleceu em doze milhas. O autor faz extensa nota sobre a largura do mar territorial já se insurgindo contra a antiga medida de três milhas, associada ao tiro do canhão (*terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis*) posto que a “peça de artilharia atingiu o extraordinário alcance dos canhões modernos”.<sup>9</sup>

No art.57, cuida, de modo pioneiro, do espaço aéreo.

*“Cada Estado tem sobre o espaço aéreo correspondente ao seu território, até a altura de mil e quinhentos metros, os direitos necessários à sua conservação. A zona assim limitada tem o nome de zona de proteção”.*

---

<sup>9</sup> Op. cit. p. 33.

Em 1906 estava começando a navegação aérea, fazia pouco tempo que Santos Dumont e outros a iniciavam. A doutrina internacional se dividia em duas grandes correntes: a da liberdade e a da soberania. Havia os defensores da teoria da liberdade do espaço aéreo, sob a alegação de que o ar é inapropriável. Então afirmavam que deveria existir completa liberdade em tal área. A segunda corrente, a da soberania, que prevaleceu, considerava o espaço aéreo como parte do território do Estado e, por conseqüência, deveria recair também sobre ele a mesma soberania incidente sobre o território (subjacente).

Um aspecto interessante diz respeito à extensão vertical do espaço aéreo fixada pelo Projeto em mil e quinhentos metros. Digo interessante porque até hoje nenhum texto internacional vigente determinou tal extensão. Epitácio Pessoa, além de pioneiro, também foi arrojado, para os padrões daquela época, posto que a edificação mais alta elevava-se a apenas trezentos metros do chão. Mas, não ficou aí, no art.258 e seguinte cuida especificamente da navegação aérea, incorporando também, no que coubesse, as normas relativas à navegação marítima e aos navios, tratados em capítulo anterior do Projeto.

*Art.258: Os Estados têm o direito de regulamentar, em bem da sua segurança ou dos seus interesses aduaneiros e sanitários, a passagem de aeróstatos estrangeiros pela sua zona de proteção, ou mesmo proibi-la nos trechos dessa zona em que o exigirem as necessidades da sua conservação e defesa.*

Como é por demais sabido, o direito aéreo (ou aeronáutico) tomou por empréstimo as regras do direito do mar que se consolidaram ao longo de séculos como normas costumeiras até serem incorporadas ao direito convencional e culminando, como já referido, com a Convenção de Direito do Mar de 1982 (Convenção de Montego Bay).

Já estabelecia o Projeto normas sobre o que ainda hoje é precário em termos de Américas: as vias terrestres de comunicação. Os artigos 262 e 263 abrem-nas à utilização internacional, assim:

*“Art. 262 : Nenhum Estado poderá vedar o uso pacífico das estradas de ferro e quaisquer outras vias públicas internacionais aos que delas se queiram servir como meio de comunicação, trânsito ou comércio, nem fazer distinções, quanto ao preço, tempo e facilidades de transporte, entre os nacionais dos outros Estados e os seus próprios*

*nacionais, ou entre o percurso que se efetue todo no seu território e o que se estenda a um território estrangeiro.*

*Art. 263 : Os Estados adotarão um regulamento comum para o serviço das estradas internacionais”.*

Igualmente trata, nos artigos 264 e seguintes dos correios, telégrafos e telefones. Numa visão extremamente avançada para a época, dá um passo no caminho da integração regional, além de manifestar a crença no papel e aceitação da participação numa organização internacional – União Postal Universal - figura nova nas relações internacionais e ainda sem ter personalidade jurídica reconhecida. Tratava-se de uma proposta não apenas de uniformização de normas para os correios, mas vai muito além quando explicita: “os Estados constituirão um só território, que poderá fazer parte do da União Postal Universal”.

*“Art. 264 : Para a permuta recíproca de cartas, bilhetes postais, impressos, papéis de negócios (manuscritos) e amostras de mercadorias, constituirão os Estados um só território, que poderá fazer parte do da União Postal Universal”.*

O sigilo da correspondência não foi esquecido e ficou claramente assegurado:

*“Art. 266 : Nenhuma razão de ordem política ou administrativa, por mais grave que seja, autorizará a violação da correspondência postal”.*

Imagine-se o quanto havia de inovador normatizar em 1906 os telefones internacionais.

*“Art.269 : Será assegurado a todas as pessoas o direito de se corresponder por meio de telégrafos e telefones internacionais”.*

Outro aspecto inovador, ou pelo menos curioso, está no art.276 e seu parágrafo único, relativo a “Pesos e Medidas”, onde preconiza a utilização do sistema métrico decimal.

*“Em suas relações uns com os outros, assim como no cálculo dos impostos de importação e das taxas postais, usarão os Estados do sistema métrico decimal.*

*Parágrafo único: A denominação de milha poderá, entretanto, ser empregada juntando-se-lhe o equivalente em metros, à razão de 1852 metros por milha”.*

Mesmo sendo um projeto voltado para o Direito Internacional Público, Epitácio não deixou fora outro tema relevante e, como muitos dos anteriormente mencionados, ainda padecendo de ajustes internacionais nos dias atuais. Num momento que vemos as cópias “piratas” de obras artísticas sendo comercializadas em várias partes do país e outros Estados, é bom lembrar que o art.278 cuidava da Propriedade literária, artística e industrial.

*“Art. 278 : Os nacionais de cada Estado gozarão nos outros Estados, em matéria de propriedade literária, artística e industrial, das vantagens e direitos definidos no Código de Direito Internacional Privado”.*

Convém ainda destacar o capítulo relativo à repressão ao crime internacional. Quando se fala ainda como novidade no Direito Penal Internacional e nos crimes internacionais, já o Projeto de Epitácio no seu art.279, dizia:

*“As leis penais dos Estados farão influir na fixação das penas contra os criminosos internacionais, isto é, contra os criminosos profissionais que percorrem os Estados cometendo crimes, a condenação anterior decretada em qualquer Estado pelo mesmo ou por um crime da mesma categoria.”*

Igualmente é avançado quando prevê a possibilidade de cooperação internacional em matéria penal e a criação de órgãos dentro dos Estados destinados a executar tal cooperação.

*“Art.280 – As autoridades policiais e judiciárias de cada Estado poderão comunicar-se diretamente com as dos outros, para obterem os elementos que entenderem úteis ao esclarecimento do crime internacional.”*

*“Art.281 – Os Estados terão repartições especiais destinadas a colher e permutar informações seguras e completas sobre os criminosos internacionais”*

Importante que, atualmente ainda não se conseguiu a celebração de tratados bilaterais ou multilaterais em número desejável para estender a cooperação penal a uma área internacional mais ampla, nem há um bom funcionamento dos órgãos centrais previstos, sequer ao nível do Mercosul.

Se o Projeto previa a repressão ao crime internacional, nos artigos 307 e seguintes estavam as regras de processo penal para efetivar a cooperação.

*“Art.307 : Os juízes e tribunais competentes de cada Estados procederão, de acordo com a sua lei, às inquirições, corpos de delito, buscas e quaisquer outros atos necessários à formação da culpa em processos criminal, requisitados pelos juizes ou tribunais competentes dos outros Estados”.*

Mas, diferentemente do que vem ocorrendo nos últimos tratados celebrados sobre cooperação penal internacional, no parágrafo único do art. 307, o Projeto previa o respeito a um dos princípios gerais da extradição (a forma mais antiga de cooperação penal internacional) qual seja o princípio da identidade de normas ou da dupla criminalidade, isto é, a medida só poderá ser atendida se o fato que motivou o pedido de cooperação for considerado delituoso em ambos os Estados, deprecante e deprecado. Embora a redação não tenha ficado muito clara, mas esta é a interpretação que se pode dar ao parágrafo. Assim, se o pedido fosse relativo a um fato lícito no nosso ordenamento jurídico, atendê-lo violaria as nossas leis.

*“Parágrafo único: Desta disposição excetuam-se os casos em que a diligência solicitada é contrária à lei do Estado deprecado ou relativa aos crimes indicados no art.287, b”.*<sup>10</sup>

É realmente impressionante a visão de Epiácio Pessoa relativa a uma futura integração entre os povos do continente. Isto também ficou bem explícito

---

<sup>10</sup> Art. 287: A Extradicação não será permitida:

a)....

b) quando se tratar de crimes políticos ou outros com eles conexos, exceto o homicídio contra os Chefes de Estado, os crimes contra os cultos ou de infrações puramente militares, ressalvados o disposto nos arts.83 parágrafo 4º e 97.

Art.83 parágrafo quarto é relativo à captura de desertores e o art.97 versa sobre a obrigatoriedade de entrega dos autores de delitos militares.

no capítulo sobre as profissões liberais. Os nossos tribunais andam abarrotados de processos com pedidos de reconhecimento de diplomas expedidos por Universidades estrangeiras e o conseqüente direito ao exercício profissional.

*“Art.319: Os nacionais de cada Estado poderão exercer livremente no território dos outros a profissão para que no seu estiverem habilitados com diploma ou título expedido por autoridade competente, contanto que a lei estrangeira não exija para o exercício dessa profissão a qualidade de cidadão.*

*Art.320: Os certificados de estudos preparatórios ou superiores de um Estado produzirão em qualquer outro os mesmos efeitos que lhes atribui a lei nacional, desde que deles não resultem vantagens superiores às reconhecidas pela legislação do outro Estado”.*

Mas, admitia o Projeto a possibilidade de um exame prévio para o exercício da profissão de médico, inclusive a de farmacêutico.

*“Art.322: É lícito a cada Estado exigir que se submetam a um exame prévio, por ele regulado, os estrangeiros, embora diplomados, que pretendam exercer a profissão de médico ou qualquer outra relacionada com a medicina e a cirurgia, inclusive a de farmacêutico”.*

O Projeto dedica vários artigos à extradição e aos tratados internacionais. Pode-se dizer que tais matérias, a nível regional, ainda não foram objeto de convenções. Com relação aos tratados, houve o esforço com a Convenção de Havana de 1928, mas sem grande sucesso. Há as duas Convenções de Viena promovidas pelas Nações Unidas, uma sobre tratados entre Estados e o segundo sobre tratados entre Estados e Organizações Internacionais.

No livro V, da primeira parte relativa à paz, cuida das soluções pacíficas dos conflitos internacionais, detalhando, num capítulo, sobre os Bons Ofícios e a Mediação e um amplíssimo capítulo sobre arbitragem.

Como se pode perceber, mesmo nessas poucas pinceladas, o Projeto de Código redigido há exatos cem anos, contém dispositivos que ainda não conseguiram sequer ser implementados nos dias atuais. Era a visão inovadora e o sentido de harmonia entre os Estados que Epiácio Pessoa era detentor.

Em 1918, ao final da 1ª Guerra Mundial, foi designado para chefiar a Delegação brasileira incumbida de negociar a paz com os Aliados e Associados,

de uma parte, e a Alemanha, de outra, para a celebração do que veio a ser o Tratado de Versalhes.

Ainda no desempenho dessa nobre missão de paz na Europa, foi indicado candidato e eleito Presidente da República, concorrendo com Ruy Barbosa. Empossado, teve, no curso do seu mandato, alguns fatos de grande relevância na vida nacional. Empenhou-se no combate à seca do Nordeste, mandando construir açudes, poços e ampliando as ferrovias na Região. Surpreendeu a todos quando nomeou dois políticos civis para os Ministérios da Guerra e da Marinha – Pandiá Calógeras e Raul Soares. Fundou, em setembro de 1920, a Universidade do Rio de Janeiro, com vários cursos superiores; e, no mesmo ano, revoga, pelo Decreto nº 4.120, o banimento da família imperial brasileira, autorizando a negociação para o traslado dos restos mortais do Imperador Pedro II e sua esposa de Portugal para o Brasil; fez organizar, em 1922, as comemorações do Centenário da Independência, com uma grande exposição, para a qual compareceram autoridades de vários países, inclusive o Presidente de Portugal. No Brasil, o ano de 1922 foi bastante movimentado em vários campos: na cultura, com a realização da Semana de Arte Moderna; na vida político-militar, com a Revolta dos 18 do Forte de Copacabana.

Epitácio Pessoa terminou o seu mandato, elegeu o seu sucessor. Em 1923, após a morte de Ruy Barbosa, que ocupava um dos assentos de Juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional da Haya, foi escolhido pela Liga das Nações – Organização Internacional que ajudara a criar - para suceder o jurista baiano, garantindo a presença brasileira na mais alta Corte Internacional, cujo mandato estendeu-se até 1930. Observe-se que, mesmo tendo o Brasil abandonado aquela Organização em 1926, por não ter obtido um lugar permanente no Conselho, a Liga das Nações respeitou o mandato de Epitácio Pessoa até o seu final. Já no Governo Vargas, foi convidado para ser Embaixador do Brasil nos Estados Unidos, declinando do convite e retirando-se da vida pública.

É a este grande brasileiro e paraibano que homenageamos neste Simpósio.



# O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

**Adriana Medeiros Gurgel de Faria**

*Promotora de Justiça / RN*

**SUMÁRIO:** *1. Introdução; 2. Controle da Administração Pública; 2.1. Espécies de Controle; 2.1.1. Controle Administrativo; 2.1.2. Controle Parlamentar; 2.1.3. Controle Judicial; 2.1.4. Controle pelo Ministério Público; 2.1.5. Outras Espécies de Controle; 3. Agências Reguladoras; 3.1. Controle das Agências; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.*

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 8.031, de 12.04.1990<sup>1</sup>, instituindo o Programa Nacional de Desestatização, tendo, dentre os seus objetivos, reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, bem como que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais, o Brasil inicia um processo que perdurou por toda a década de noventa e penetrou no século presente.

Na verdade, o Estado começa a sua reforma, deixando de ser o protagonista de uma série de atribuições antes por ele exercidas e repassando-as a entes privados. Vários motivos forçaram tal medida, dentre os quais a escassez de recursos para novos investimentos, bem como a necessidade do Estado se

---

<sup>1</sup> Atualmente já revogada pela Lei nº 9.491/97.

concentrar na prestação dos serviços públicos primários, como a saúde, a educação e a segurança. Ocorreu, em consequência, uma forte diminuição da máquina estatal.

Em contrapartida, surge a necessidade do Estado planejar, regular e fiscalizar as atividades transferidas, dando azo, pois, à criação de novos entes – as agências reguladoras.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o controle que é exercido sobre as agências. O ensaio é iniciado com uma breve exposição acerca do controle da Administração Pública, definindo-o e elucidando as suas espécies. Em seguida, alcança-se a questão das agências reguladoras, sua gênese, características principais, até se atingir a questão principal, sendo válido ressaltar, de logo, que não se pretende, neste rápido estudo, exaurir o tema, mas tão-só renovar algumas idéias acerca do tema.

## **2. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Para melhor compreender o controle da Administração Pública, é importante elucidar a sua definição, sendo válido trazer à tona a que nos é oferecida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>2</sup>: trata-se do poder de fiscalização e correção exercido sobre a Administração pelos “órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”.

Por sua vez, os princípios reitores da atuação administrativa estão contidos no art. 37 da Lei Ápice: 1) legalidade – o administrador deverá pautar o seu agir de acordo com o que está previsto em lei, formal e materialmente considerada; 2) impessoalidade – para José Afonso da Silva<sup>3</sup>, o conteúdo desse princípio “significa que os atos e provimentos da administração são imputáveis não ao funcionário, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”, sendo importante ressaltar, ainda, a outra feição desse preceito, relacionada aos administrados, de maneira que a Administração deve agir objetivando a finalidade pública, sem querer beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; 3) moralidade – a atividade administrativa não está adstrita à obediên-

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª edição, São Paulo, Atlas, 2002. p. 599

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 570.

cia à lei, mas deve observar também a própria moral, pois nem tudo que é legal é honesto, no dizer do antigo Direito Romano; 4) publicidade – exige-se ampla divulgação dos atos praticados pela Administração, possibilitando, assim, um acompanhamento por parte da sociedade e dos entes encarregados de seu controle; 5) eficiência – erigido à condição de norma constitucional através da Emenda nº 19, de 04/06/1998, o princípio da eficiência representa um avanço no sentido de imprimir aos atos da Administração um caráter mais ágil, com mais qualidade, criando mais um critério pelo qual os cidadãos poderão exercer o controle administrativo, para obter resultados práticos em suas demandas, bem como em relação à realização efetiva do interesse da coletividade.

## **2.1. ESPÉCIES DE CONTROLE**

Relatados o conceito e alguns princípios em que se apóia o controle da administração, é oportuno agora descrever as espécies em que se desdobra essa atividade.

Do ponto de vista do órgão que o promove, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial, podendo-se classificar, ainda, em controle interno (executado pela própria administração) e externo (quando efetuado por órgãos distintos da administração). Já quanto ao momento em que é feito, o controle pode ser prévio, concomitante e posterior.

### **2.1.1. CONTROLE ADMINISTRATIVO**

Expressão aqui tomada em sentido restrito para informar uma espécie de controle da administração, que pode se dar em razão do mérito ou da legalidade do ato controlado, podendo o agente invalidar o ato, nulificando-o, como pode igualmente fiscalizar, de modo preventivo, confirmar, revogar, alterar, suspender ou até mesmo sanar certos vícios de que sofrem alguns dos atos.

O controle pode ocorrer de ofício (amparado na autotutela), conforme já reconhecido amplamente pela doutrina e pela jurisprudência<sup>4</sup>, como também

---

<sup>4</sup> Conferir, a propósito, as súmulas do colendo Supremo Tribunal Federal de nº 346 (“A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”) e nº 473 (“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”)

pode ser provocado pelo cidadão, por intermédio dos vários instrumentos colocados à sua disposição, como as representações, as reclamações administrativas, os pedidos de reconsideração, os recursos e as revisões.

### **2.1.2. CONTROLE PARLAMENTAR**

O controle parlamentar ou legislativo é aquele executado pelo Poder Legislativo, através de seus órgãos fiscalizadores, especialmente das conhecidas Comissões Parlamentares de Inquérito. O que caracteriza o controle parlamentar é sua natureza política, dando-se ênfase ao controle de legitimidade na sua atuação. Merece destaque, também, o controle externo efetuado com o auxílio das cortes de contas, no que se refere à fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

### **2.1.3. CONTROLE JUDICIAL**

Em razão do sistema da jurisdição *una*, adotado pelo Direito Pátrio, o verdadeiro contencioso administrativo tem sua sede definitiva no Poder Judiciário, pois a este compete constitucionalmente o processamento e julgamento das ações que veiculem as demandas surgidas entre os particulares e a Administração. O controle em destaque classifica-se como externo, provocado e direto. É externo porque se trata de outro órgão Estatal com função distinta da Administração; é provocado porque somente de modo muito excepcional o Judiciário atua *ex officio* e é direto porque se dirige a casos concretos.

Desse modo, o controle judicial é feito privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário, o qual tem por finalidade manter a Administração dentro das regras estabelecidas pelo parlamento. Tal controle é decorrência do Estado Democrático de Direito, em que as funções estatais encontram-se delimitadas por uma constituição democrática. Desse modo, as funções executiva, legislativa e judiciária correspondem a uma emanção do Poder Estatal, uno e indivisível, que devem se controlar mutuamente, conforme propalado pela conhecida teoria dos freios e contrapesos.

Questão que atormenta os juristas, legisladores e administradores é a que diz respeito ao controle dos atos que se enquadram na esfera da discricionariedade política dos governantes, pois, se por um lado, o Judiciário deve exercer um controle de legalidade e de legitimidade, por outro, grandes conflitos sociais, que afetam o interesse público primário, decorrem de decisões administrativas

amparadas em lei, mas que não atendem à coletividade. Assim, algumas políticas adotadas pelos governos levam a Administração a tomar decisões baseadas na discricionariedade, que causam efetivos prejuízos ao interesse público.

Hoje, com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito não se aceita com naturalidade a idéia de que há um compartimento da atividade administrativa totalmente alheia ao controle judicial. Desse modo, é compreensível que o administrador, em qualquer seara, mesmo no campo da discricionariedade, deve agir com razoabilidade, mediante critérios adequados e proporcionais, com vistas à realização do interesse da comunidade. Portanto, o controle judicial se impõe inclusive para fiscalizar a legitimidade dos atos discricionários.

#### **2.1.4. CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, nos termos preconizados no art. 127 da Constituição Federal.

O controle dos atos da Administração, pela provocação do Judiciário pelo Ministério Público, supre a inércia do Estado-Juiz, sendo incontáveis, na atualidade, as ações coletivas contra o Poder Público para combater a imoralidade e a improbidade administrativa, bem como guerrear contra a ofensa ao patrimônio público, cultural, ambiental e a outros interesses difusos;

Ademais, não se pode olvidar que o Ministério Público não age tão-só na via judicial, sendo possível, igualmente, a atuação extrajudicial, quando, por exemplo, promove o inquérito civil, notificações, audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, recomendações etc.

#### **2.1.5. OUTRAS ESPÉCIES DE CONTROLE**

O controle da Administração recebe uma importante colaboração de outros órgãos, que não podem ser esquecidos. Mencione-se, inicialmente, a imprensa, através de seus veículos comprometidos com a democracia e a informação séria dirigida ao público.

Na história recente da República do Brasil, ocorreram vários momentos em que investigações sobre irregularidades administrativas vieram à tona após a divulgação pela mídia. O caso mais famoso deles foi o que redundou no afastamento e renúncia do ex-presidente Fernando Collor, no início da década de 90.

Outro fato rumoroso, daquela época, foi o que investigou os membros da Comissão Mista do Orçamento, que ficaram conhecidos popularmente como os “anões do orçamento”. Mais recentemente, no início de 2004, divulgou-se o caso do assessor do Ministro da Casa Civil, que teria participado de negociações irregulares envolvendo a Administração Pública. Já agora, em 2005, a imprensa vem tendo forte atuação na apuração do conhecido “Mensalão”.

Outro setor que tem um potencial para contribuir com o controle da Administração é o das associações civis, que têm em seus objetivos a luta por democracia e transparência na gestão das políticas governamentais.

Um exemplo recém chegado ao Brasil é a Associação chamada Transparência Brasil<sup>5</sup>, fundada em abril de 2000, por um grupo de indivíduos e organizações não-governamentais que se sentem comprometidos com o combate à corrupção, sendo associada à *Transparency International*.

Essa organização não governamental, em sua página na *web*, esclarece que a tarefa de combater a corrupção, em todos os níveis, no Brasil, desde a União até os 5.650 municípios espalhados pelo território nacional, é tarefa que requer muito esforço da sociedade, com o estabelecimento de uma rede nacional de organizações distribuídas por todas as regiões, que trabalharão projeto a projeto acompanhando as linhas programáticas da entidade, para divulgar novas idéias que ajudem no combate à corrupção, cooperando, assim, com o controle das administrações públicas em todos os lugares onde se estabeleçam.

A comunicação é a arma mais poderosa de que dispõe para exercer a tarefa de fiscalizar a Administração, focando sua mensagem em públicos específicos, como advogados, administradores, jornalistas, grupos de interesse etc. Destaca-se, entre os instrumentos usados por esse controle, a *internet*.

Além do controle administrativo feito pelas organizações não governamentais, pode-se destacar, dentro da mesma idéia de controle pela sociedade, o controle pela via da ação popular. A diferença é que, por meio da sociedade organizada, há uma intervenção da coletividade, dando azo a uma ação coletiva, seja diretamente pelas associações legitimadas ou através da provocação do Ministério Público. Já na ação popular, a questão é discutida individualmente pelo cidadão, o que, em tese, diminui a potencialidade da medida, não obstante possa o *Parquet* intervir nesse procedimento para suprir as deficiências do cidadão individual.

<sup>5</sup> Disponível em [www.transparencia.org.br](http://www.transparencia.org.br). Acesso em 31/10/2005.

### 3. AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já destacado no intróito deste trabalho, o Estado já não mais dispõe de recursos para atender a todos os serviços que são reclamados pela sociedade, repassando, então, muitos deles para a iniciativa privada, deixando de ser o executor para atuar no planejamento, regulação e fiscalização de tais atividades.

Com isso, houve a necessidade de criação de órgãos específicos para cuidar de tal missão, originando-se, pois, as agências reguladoras.

O Professor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti<sup>6</sup>, em excelente estudo acerca do tema, ressalta, com apoio na grande maioria dos doutrinadores, que o modelo norte-americano das *Regulatory Agencies* foi a “principal fonte inspiradora para o surgimento de institutos similares, ou pelo menos com inúmeras de suas características, para atender à finalidade básica para a qual aquelas existem na Europa ocidental e em vários Estados latino-americanos”.

Fazendo um passeio pelo Direito Comparado, o referido administrativista cita exemplos de entes semelhantes no Reino Unido, que também serviu de inspiração a outros países, na França, em Portugal (com a denominação autoridades administrativas independentes) e na Argentina. Interessante anotar que nos Estados Unidos e no Reino Unido há notícia de agências reguladoras existentes desde o século XIX.

Aqui, no Brasil, também com forte influência do sistema americano, o fenômeno é bem mais recente, não tendo completado sequer uma década, pois, nos moldes acima preconizados, a primeira agência criada foi a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, através da Lei nº 9.427, de 26.12.1996.

Como o próprio nome revela, as agências reguladoras têm por objetivo disciplinar as regras a serem observadas quanto à atividade específica que lhe está afeta (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, transportes terrestres etc).

Elas têm personalidade jurídica de direito público, sendo instituídas sob a roupagem de autarquias especiais<sup>7</sup>, conforme se pode constatar nas mais diver-

---

<sup>6</sup> “A Independência da Função Reguladora e Os Entes Reguladores Autônomos”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, Fundação Getúlio Vargas, nº 219, jan/mar/2000, p. 257.

<sup>7</sup> Assim denominadas (especiais) porque dispõem de maiores prerrogativas, que são fixadas em lei, que as comuns.

sas leis através das quais foram sendo criadas<sup>8</sup>. Assim, estão inseridas na estrutura organizacional do Estado, pautando-se pelos princípios que regem a Administração Pública.

No afã de evitar pressões externas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira. Luís Roberto Barroso<sup>9</sup> assim se pronuncia acerca dessas prerrogativas:

“No tocante à autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normativamente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal, a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado); (ii) mandato fixo de três ou quatro anos e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.

(...)

No que toca à autonomia econômico-financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica.”

No desempenho de sua missão, as agências reguladoras desempenham três atividades básicas<sup>10</sup>.

A primeira delas envolve a implementação das políticas públicas e diretrizes fixadas pelo legislador, bem como a concretização e individualização das normas relativamente ao setor (público ou privado) regulado. Assim, as agências fiscalizam os prestadores de serviço na área que deu ensejo à sua criação e aplicam as sanções quando infrações são cometidas.

<sup>8</sup> Dentre muitas, citem-se: Lei n° 9.472, de 16.07.1997 (ANATEL), Lei n° 9.478, de 06.08.1997 (ANP), Lei n° 9.782, de 26.01.1999 (ANVISA).

<sup>9</sup> “Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática”, artigo distribuído pelo Prof. Francisco Cavalcanti em sala de aula, sem identificação da revista de onde foi extraído, mas também disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>. Acesso em 03/11/2005.

<sup>10</sup> Acerca da questão, consultar o já mencionado artigo do Prof. Luís Roberto Barroso (“Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática”).

A segunda refere-se à competência decisória, pois as agências dirimem os conflitos em âmbito administrativo existentes entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores.

Por último, a função normativa, “que envolve, por um lado, a regulamentação das leis que regem o campo de atividades a elas (agências reguladoras) atribuídas e, por outro, a edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas por lei”.<sup>11</sup> Certamente, essa função normativa é, dentre as atividades das agências reguladoras, aquela que vem gerando um maior número de controvérsias, não só a nível doutrinário como também jurisprudencial, em face do princípio da legalidade, presente em nosso ordenamento jurídico no âmbito da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF), sendo, ainda, uma garantia concedida a todo cidadão (art. 5º, II, CF).

O tema já chamava a atenção do Professor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, que assim dissertou<sup>12</sup>:

“Esse poder regulador exercido por entes reguladores autônomos encontra maiores dificuldades, conforme se verá mais adiante, em Estados como o Brasil, onde o poder regulamentar está, ao menos teoricamente, mais subordinado à moldura legislativa e ao papel de ser mero instrumento de aplicação das leis, ...”.

Traçadas, em breves linhas, as características principais das agências reguladoras, é momento de enfrentar o objeto principal deste estudo – o seu controle.

### **3.1. CONTROLE DAS AGÊNCIAS**

Conforme já exposto, as agências reguladoras têm personalidade jurídica de direito público, constituindo-se em autarquias especiais. Como tais, estão sujeitas a todos os preceitos que regem a Administração Pública, inclusive os pertinentes ao seu controle.

---

<sup>11</sup> Dinorá Adelaide Musetti Grotti. “As Agências Reguladoras”, *Revista Interesse Público*, nº 22, 2003, p. 40.

<sup>12</sup> “A Independência da Função Reguladora e Os Entes Reguladores Autônomos”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, Fundação Getúlio Vargas, nº 219, jan/mar/2000, p. 255.

Dessa forma, os seus atos podem e devem ser submetidos ao controle administrativo, seja aquele provocado pelo cidadão e/ou interessado, seja o de ofício, resultante do poder de autotutela conferido à Administração.

Não é diferente a questão com relação ao controle legislativo, desde a gênese, pois as agências são instituídas “por força de lei (autorização legislativa), submetendo-se a periódicas avaliações de desempenho, e fiscalização pelas comissões do Congresso – específicas ou não”<sup>13</sup>, como também no que se refere à fiscalização financeira, contábil e orçamentária, esta exercida com o auxílio dos Tribunais de Contas (art. 70, CF).

Quanto ao controle judicial, em face do sistema de jurisdição uma, adotado em nosso país, dúvidas não podem subsistir acerca da submissão dos atos das agências ao exame do Judiciário, quando este for provocado. Acerca do assunto, é válido, mais uma vez, recorrer ao escólio de Luís Roberto Barroso<sup>14</sup>:

“Em suma: a doutrina convencional em tema de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa auto-contenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.”

Nos últimos tempos, vem sendo comum a provocação do Judiciário para examinar atos das agências reguladoras autorizando aumentos bastante significativos nas tarifas e/ou nos preços dos serviços executados. No âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por exemplo, o tema veio à tona três vezes, conforme amplamente noticiado na imprensa, com relação à telefonia,

<sup>13</sup> Maria Caetana Cintra Santos. “O Ministério Público e o Controle das Agências Reguladoras”, *Boletim dos Procuradores da República*, ano V, nº 65, setembro/2003, p. 14.

<sup>14</sup> “Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática”, artigo distribuído pelo Prof. Francisco Cavalcanti em sala de aula, sem identificação da revista de onde foi extraído, mas também disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>. Acesso em 03/11/2005.

energia elétrica e planos de saúde, havendo aquela eg. Corte, em todas as ocasiões, determinado um reajuste menor do que os fixados pelas agências, o que vem gerando ainda conflito, com recursos para o eg. Superior Tribunal de Justiça.

É indiscutível, também, a competência do Ministério Público “para exercer o controle das agências, na medida em que os direitos dos usuários dos serviços públicos estão incluídos na categoria dos interesses sociais.”<sup>15</sup>

#### **4. CONCLUSÃO**

O estudo realizado pode ser resumido nas seguintes considerações:

1) o controle da Administração Pública é exercitado pelos “órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”;

2) os cinco princípios reitores da atuação administrativa são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

3) o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial, sendo possível classificá-lo, ainda, em interno (executado pela própria administração) e externo (quando efetuado por órgãos distintos da administração);

4) o controle administrativo representa um poder de fiscalização e correção efetuada pela própria estrutura administrativa sobre sua atividade, seja quando provocada pelos administrados, seja de ofício, através da autotutela;

5) O controle parlamentar ou legislativo é aquele executado pelo Poder Legislativo, sendo relevante a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, exercitada com o auxílio dos Tribunais de Contas, além da sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa (art. 49, V, da CF);

6) em face do sistema da jurisdição una, adotado pelo Direito Pátrio, o verdadeiro contencioso administrativo tem sua sede definitiva no Poder Judiciário, pois a este compete constitucionalmente o processamento e julgamento das ações que veiculem as contendas surgidas entre os particulares e a Administração, ainda que digam respeito a atos discricionários;

---

<sup>15</sup> Maria Caetana Cintra Santos. “O Ministério Público e o Controle das Agências Reguladoras”, *Boletim dos Procuradores da República*, ano V, nº 65, setembro/2003, p. 16.

7) o Ministério Público atua no controle da Administração não só na via judicial, promovendo inúmeras ações contra o Poder Público para combater a imoralidade e a improbidade administrativa, bem como guerrear contra a ofensa ao patrimônio público, cultural, ambiental e a outros interesses difusos, como também extrajudicialmente, promovendo inquérito civil, notificações, audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, recomendações etc.

8) o controle da Administração recebe uma importante colaboração dos órgãos de imprensa, comprometidos com a informação séria dirigida ao público, bem como das associações civis, que têm em seus objetivos a luta por democracia e transparência na gestão das políticas governamentais, contando, ainda, com o apoio da própria sociedade, que pode levar aos órgãos competentes denúncias contra os administradores ou, ainda, ingressar diretamente com ações populares (no caso, qualquer cidadão tem legitimidade);

9) as agências reguladoras têm por objetivo o planejamento, a regulação e a fiscalização das atividades que dão ensejo à sua criação (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, transportes terrestres etc);

10) o modelo norte-americano das *Regulatory Agencies* foi a principal fonte inspiradora para o surgimento de institutos similares na Europa ocidental e na América Latina, inclusive no Brasil;

11) as agências reguladoras têm personalidade jurídica de direito público, sendo instituídas sob a roupagem de autarquias especiais, estando inseridas na estrutura organizacional do Estado, pautando-se, pois, pelos princípios que regem a Administração Pública;

12) os seus dirigentes têm mandato fixo e elas normalmente têm, além das dotações orçamentárias gerais, receita própria;

13) são três as suas atividades básicas: fiscalizam os prestadores de serviço na área que deu ensejo à sua criação e aplicam sanções quando infrações são cometidas; dirimem os conflitos, em âmbito administrativo, existentes entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores; editam normas, sejam regulamentares sejam independentes, o que nesse último caso, vem gerando controvérsias;

14) os seus atos podem e devem ser submetidos ao controle da Administração Pública, seja aquele exercitado pela própria administração, seja o legislativo ou o judicial.

Feitas as observações supra, é válido recordar o magistério de Alexandre Santos de Aragão<sup>16</sup>: “Serão, enfim, os controles sociais, a responsabilidade e o

---

<sup>16</sup> “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”, *Revista Forense*, v. 354, março/abril/2001, p. 26.

espírito público dos agentes estatais e privados, que determinarão a manutenção e potencialização das entidades independentes, dotadas de autonomia normativa, ou, ao revés, o lamentável retorno à regulação jurídica unitária, hierarquizada, e, já a conhecemos, ineficiente”. Por ora, infelizmente, ainda não se pode falar de uma verdadeira eficiência com relação às agências reguladoras...

## **5. BIBLIOGRAFIA**

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”, *Revista Forense*, v. 354, março/abril/2001.
- BARROSO, Luís Roberto. “Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática”. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>. Acesso em 03/11/2005.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. “A Independência da Função Reguladora e Os Entes Reguladores Autônomos”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, Fundação Getúlio Vargas, nº 219, jan/mar/2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. “As Agências Reguladoras”, *Revista Interesse Público*, nº 22, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- SANTOS, Maria Caetana Cintra. “O Ministério Público e o Controle das Agências Reguladoras”, *Boletim dos Procuradores da República*, ano V, nº 65, setembro/2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1992.



# **SOBERANIA E PODER DE TRIBUTAR**

**Alcides Saldanha Lima**

*Juiz Federal / 10ª Vara - CE*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Homem e Sociedade; 3. Conceito de Estado; 4. Estado, Direito e norma jurídica; 5. Poder e Soberania; 6. O fundamento de validade político e jurídico do poder de tributar; 7. Conclusões; 8. Bibliografia.*

## **1. INTRODUÇÃO**

O objeto do presente estudo é o fundamento de validade do poder de tributar, vale dizer do poder do Estado de estabelecer legalmente obrigações de pagar tributo, “dar” dinheiro, contribuir para o financiamento das despesas estatais, isto é, o pressuposto que responde por sua obrigatoriedade.

A importância do tema decorre do uso frequente pelo Estado do poder de criar e exigir exações tributárias, agravado na contemporaneidade pela necessidade crescente de elevar as receitas para equilibrar o orçamento público. O estado do bem estar social e as políticas públicas de inclusão exigem cada vez mais recursos, que não de ser hauridos, em sua grande parte, do patrimônio dos cidadãos (privado).

Justifica-se a presente perquirição teórica pela necessidade de se identificar a nota que atribui a força cogente da regra de tributação.

A pesquisa bibliográfica voltou-se para textos de autores clássicos das áreas de teoria do direito e do estado e direito tributário, sendo elencadas na bibliografia apenas as obras efetivamente citadas.

A investigação parte da necessidade do homem de conviver em sociedade e da conseqüente criação do Estado, fruto da complexização das relações ao

longo do tempo. Avalia-se a interdependência entre Poder (ordenação da força), Estado (institucionalização do direito) e Direito (ordenação de conduta). Finalmente, da noção de poder político e soberania, deduz-se o fundamento de validade do poder de tributar.

## **2.    HOMEM E SOCIEDADE**

Sociedade, no dizer de Del Vecchio, *é um complexo de relações pelo qual vários indivíduos vivem e operam conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade*<sup>1</sup>

A vida em sociedade é uma contingência humana. O homem cria a sociedade e dela hauri condições para sobrevivência e desenvolvimento. A sociedade é uma realidade determinada pela necessidade que o homem tem de viver entre semelhantes. Com acerto, já destacara Aristóteles que o homem para viver isolado, à margem da sociedade, haveria de ser um bruto ou um Deus, algo aquém ou além do que se costuma reconhecer como o padrão médio de “humanidade”.

Deve o homem à sociedade, ademais, sua autoconsciência. Nela está presente a figura do “outro”, que testemunha e afirma a sua existência.

Seja porque fundada no impulso associativo natural<sup>2</sup>, seja porque resultante de um acordo de vontades<sup>3</sup>, a realidade social é inerente à condição humana. Jamais se furtará o homem ao complexo de relações que estabelece com seus semelhantes.

No bojo das relações intersubjetivas, surgem inúmeras organizações sociais que têm como objetivo genérico a criação de condições necessárias para que os indivíduos (imediatamente) e a sociedade (mediatamente) atinjam seus fins particulares. São ditas de fins gerais. Distinguem-se das sociedades de fins particulares porque não apresentam como finalidade o alcance direto e imediato do objetivo que lhes inspirou a criação, mas sim a promoção de condições favoráveis à materialização de fins particulares.

<sup>1</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 460.

<sup>2</sup> Este é o postulado dos teóricos favoráveis à idéia da sociedade natural, defendido, entre outros, por Aristóteles e Santo Tomás de Aquino.

<sup>3</sup> Para os chamados contratualistas a sociedade é, tão só, o resultado de um contrato hipotético realizado entre os homens. Diversas são as formas de contratualismos. O ponto comum a todos é a negativa do impulso associativo natural e a afirmação de que somente a vontade humana justifica a existência da sociedade. Entre os contratualistas de maior destaque estão Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau.

As sociedades de fins gerais são chamadas “políticas”, pois não se prendem a um objetivo determinado, tendendo à integração do conjunto de atividades sociais.

A sociedade política de âmbito pessoal mais restrito é a família. Numa crescente complexização, evolui-se para a formação de clãs, tribos, até a aglutinação que se entende como Estado. O Estado não é a sociedade mais vasta, tampouco a única, contudo apresenta-se como a sociedade política de maior complexidade e importância, graças à sua capacidade de influenciar e condicionar a vontade das demais, a ele integradas. Os tantos outros vínculos sociais subordinam-se aos seus influxos volitivos.

### **3. CONCEITO DE ESTADO**

Conceituar é definir algo distinguindo-o dos demais que lhe são próximos. Do latim *conceptus*, de *concipere*: produto de uma concepção mental. Conceito é, no dizer de FREITAS, *apreensão ou representação intelectual e abstrata da quiddade (essência) de um objeto*<sup>4</sup>. Na atividade cognoscitiva conceitual busca-se a identificação do conjunto de notas que respondem pela identificação do objeto do conceito.

Muito já se disse e se dirá teoricamente acerca da natureza do Estado. Encontrar um conceito suficientemente amplo a albergar as tantas correntes doutrinárias instituídas em torno do assunto é absolutamente impossível. O Estado é ente complexo e, conseqüentemente, pode ser abordado sob múltiplos aspectos de sua existência. De rigor, cada conceituação reflete aqueles elementos que o elaborador, ou a escola de pensamento a que se filia, foi capaz de reconhecer como relevantes à identificação do objeto do trabalho conceitual. Tantas quantas sejam as facetas passíveis de valorização serão, em correspondência, as conclusões alcançadas.

A pluralidade de conceitos de Estado, particularmente, pode ser validamente classificada segundo duas orientações fundamentais: a) a que enfatiza o elemento concreto da força; b) a que enfatiza o elemento ordenativo jurídico. São ditas conceituações políticas e jurídicas, respectivamente.

Cumpre observar que os conceitos políticos não desconsideram o aspecto jurídico da existência do Estado, apenas propugnam a precedência da força

---

<sup>4</sup> FREITAS, Manuel da Costa. Verbete “Conceito”, *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa: Editora Verbo, 1989, p. 1078.

sobre o direito. Neste sentido o Estado é uma força que se põe a si própria. Por seu turno, os conceitos jurídicos afirmam a importância da força, contudo subordinando-a à juridicidade.

Para Duguit, adepto da primeira corrente de pensamento supra-referida, o Estado é uma organização monopolizadora da força social, é uma *força material irresistível*, embora reconheça que limitada e regulada pelo direito. No mesmo sentido, entende Burdeau ser o Estado *uma institucionalização do poder*.

Para os defensores da preponderância do elemento jurídico, o Estado existe a partir da integração em uma ordem normativa. Isto responde, em última análise, pela conversão da força em poder. Considera-se a seguir as reflexões teóricas de três doutrinadores filiados a este entendimento.

Para Del Vecchio o Estado *é o sujeito da vontade que cria um ordenamento jurídico*<sup>5</sup>.

Na esteira da Escola de Viena, que reduz o Estado a um sistema de normas jurídicas, provido de uma determinada validade espacial, temporal e pessoal, afirma Kelsen que *o Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada*<sup>6</sup>.

São excessivamente limitadas, indubitavelmente, as conceituações acima referidas. Com efeito, independentemente da classificação a que se subordinem, restam incompletas na medida em que não enumeram os elementos ordinariamente reconhecidos pela teoria política como constitutivos do Estado: território, povo e soberania.

Elege-se, neste diapasão, o conceito proposto por Jellinek, citado por Dallari, como mais completo, síntese de equilíbrio entre a consideração imprescindível de fatores jurídicos e não jurídicos. Para esse emérito jurista, o Estado *é a corporação territorial dotada de um poder de mando originário*<sup>7</sup>.

O território delimita a atuação soberana do Estado. É o espaço terrestre, marítimo e aéreo sobre o qual se reconhece o monopólio de ocupação e exercício de vontade estatal. O povo é o conjunto de pessoas que pelo vínculo político

---

<sup>5</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Ob. cit., p. 469.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1984, p. 385.

<sup>7</sup> JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954, apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.116.

da cidadania está submetido de modo institucional à autoridade estatal<sup>8</sup>. Soberania é a nota que responde pela posição de independência e supremacia do Estado em relação às demais pessoas, consideradas no âmbito externo e interno, respectivamente.

De tudo quanto foi ora considerado ressaí a interdependência entre o poder (ordenação da força), o Estado (institucionalização do direito) e direito (ordenação de conduta). É o que se passa examinar nos itens seguintes.

#### **4. ESTADO, DIREITO E NORMA JURÍDICA**

O Direito se impõe como princípio de convivência social. Se dois ou mais homens interagem, um instrumento de controle se exige, posto que, assim não ocorrendo, o caos e a instabilidade seriam inevitáveis. Explica-se: é intrínseca ao homem a liberdade, seu elemento essencial; se todos são livres e nada existe que lhes restrinja o exercício da liberdade a destruição de todos por todos restaria inexorável. Assim sendo, o Direito intervém atuando como instrumento de participação da liberdade, ou seja, assegurando que a liberdade de cada um encontre obstáculo na liberdade do outro. Direito e liberdade são, pois, conceitos que se pressupõem e exigem mutuamente.

Enquanto objeto cultural, produzido pelo homem, o Direito é eminentemente axiológico, valorativo, por isso encontra-se encartado no mundo do dever-ser. Expressa-se através de normas (normatividade: capacidade de expressar-se em normas que dizem o que deve ser – contrapõe-se a causalidade: capacidade de expressar-se em leis naturais que dizem o que é).

Norma jurídica não é Direito, mas apenas sua expressão formal. A norma é mera previsão de conduta. O Direito é, segundo Del Vecchio, regulação de conduta em interferência intersubjetiva<sup>9</sup> ou, na terminologia empregada por Reale, relação bilateral atributiva<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Não há confundir o conceito político de povo com o conceito demográfico de população. Esta expressão designa o conjunto de pessoas que numericamente vivem em um território, de forma permanente ou temporária. Nada revela quanto à existência de vínculo jurídico para com o Estado que se traduza, em última análise, na possibilidade de participação decisória (corpo eleitoral).

<sup>9</sup> Segundo o mestre italiano, Direito é a *coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo qualquer impedimento* (*Lições de filosofia do direito*, ob. cit, p. 363).

<sup>10</sup> Afirma o eminente filósofo do direito: *Há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo ... e arremata a seguir: Bilateralidade atributiva é, pois, uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender exigir, ou a fazer, garantidamente, algo* (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51).

Não há confundir, por sua vez, Estado e Direito. O Estado não é direito, produz direito. E mais: não se apresenta como única e exclusiva fonte produtora de norma.

Critique-se, assim, a doutrina que vê no Estado um conjunto ordenado de normas. Para Kelsen, expoente máximo desta forma de pensar, o Estado existe na proporção em que se exprime em normas legais. Criticando o postulado kelseniano manifesta-se Radbruch:

*... Entre os dois conceitos [Estado e direito] não existe afinal, de modo algum, identidade, mas, pelo contrário, a mais vincada oposição; uma oposição como a que costuma levantar-se entre os conceitos de norma e realidade e que neste caso se torna ainda muito mais sensível. Pode-se dizer que o direito no sentido de <norma> é um ser não adequado (isto é, duma natureza diferente, não idêntica) ao Estado como <realidade>. São noções ou conceitos heterogêneos, não idênticos, como a própria idéia de direito não é também idêntica à idéia de Estado<sup>11</sup>.*

Há que se insurgir, ademais, contra o postulado da doutrina monista, que embora não confunda Direito e Estado pretende seja este a única fonte produtora daquele, identificando Direito com direito positivo estatal. O Direito seria criação estatal expressa através de normas legais de natureza material. A soberania torna-se a fonte única e exclusiva de produção jurídica. Assim, no entanto, não ocorre.

O ordenamento jurídico alberga, a par do sistema estatal, incontáveis outros, criados pelos demais grupos sociais, como reconhecido pela doutrina pluralista. O Direito não apenas é inconfundível com o Estado como subsiste sem sua prévia existência, ou ainda em sua oposição. O que diferenciá-lo, essencialmente, o direito estatal daquele instituído em sua oposição será a legitimidade<sup>12</sup>.

Conclua-se no sentido da distinção, sem separação, entre Direito e Estado. Este produz aquele, mesmo que não o faça em caráter exclusivo. Contudo o

<sup>11</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 352/353.

<sup>12</sup> Impor-se-ia a partir dessas constatações a reflexão acerca da legitimação do Direito e do poder, posto que a predicação da condição de legítimo a um implica, necessariamente, no reconhecimento desta qualidade ao outro, que deixará de ser feita por exorbitar os limites da abordagem pretendida.

Direito estatal assume socialmente posição de supremacia, isto porque encontra fundamento no poder social por excelência, vale dizer, no poder político.

## **5. PODER E SOBERANIA**

O Estudo do poder é pressuposto para a compreensão da existência e funcionamento das organizações sociais. Todo e qualquer grupo social pressupõe organização e estruturação de poder. Na reflexão de Bobbio, poder é *uma relação entre dois sujeitos onde um impõe ao outro sua vontade e lhe determina, mesmo contra vontade, o comportamento*<sup>13</sup>.

Da conceituação supra deduz-se os caracteres do poder social: socialidade, bilateralidade e causalidade. Somente há poder no seio de uma organização social, bem como se há interação entre duas ou mais vontades onde uma delas predomina e se sobrepõe a outra. Finalmente, é de se destacar que a atividade do exercente do poder há de ser a causa suficiente ao conduzir-se do subordinado ao poder.

A observação da conduta gregária humana, independentemente de tempo e espaço, demonstra a inevitabilidade de conflitos entre indivíduos e grupos, tornando imprescindível a intervenção de uma vontade preponderante capaz de preservar a unidade social. Esta preponderância de uma dada manifestação de poder social inicialmente fundou-se na força, evoluindo para a vontade divina e finalmente para a idéia de povo como unidade e fonte de direitos e poder. Esta evolução traduz-se na consciência de que o poder utiliza a força, sem, contudo, com ela se confundir.

Segundo Parsons, citado por Stoppino, poder político é:

*... a capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de organização coletiva em que as obrigações são legitimadas pela sua co-essencialidade aos fins coletivos e portanto podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar*<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. “O significado clássico e moderno de política” in *Curso de introdução à Ciência Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, v. 7, p. 12.

<sup>14</sup> PARSONS, Talcott. apud STOPPINO, Mario, *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 941, verbete “poder”.

O poder social que legitima e exclusivamente está autorizado ao uso da força é reconhecido como poder político, contudo, há que se concluir com Bobbio quando reverbera que:

*O fato de a possibilidade de recorrer à força ser o elemento que distingue o poder político das outras formas de poder não quer dizer que o poder político se resolva através do uso da força. O uso da força é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político. Nem todo o grupo social que está em condição de usar a força, com certa continuidade (grupo organizado para o crime, para a pirataria ou para a subversão) exerce o poder político. O que caracteriza o poder político é a exclusividade do uso da força em relação aos outros grupos que agem num determinado contexto social. Essa exclusividade é o resultado de um processo desenvolvido numa sociedade organizada para o monopólio da posse e do uso dos meios através dos quais é possível exercer a coação física<sup>15</sup>.*

A Ciência Política reconhece no poder político o elemento essencial constitutivo do Estado. O Estado possui o monopólio da coação organizada. Impõe normas de conduta e, complementarmente, dispõe de meios materiais para assegurar sua observância.

A soberania exprime o mais elevado poder do Estado. A soberania do ponto de vista externo, internacional, traduz-se na independência de um Estado perante outro, isto é na não submissão a qualquer potência estrangeira; do ponto de vista interno, por sua vez, traduz-se na expressão de poder jurídico mais elevado, é dizer na supremacia do ordenamento estatal sobre os demais ordenamentos sociais. Aquele é que tem o poder de decisão, em última instância, acerca da eficácia de qualquer norma jurídica produzida no contexto social.

Na lição de Bonavides: ... *Aparece então o Estado como portador de uma vontade suprema e soberana - a suprema potestas - que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade.*<sup>16</sup>

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. "O significado clássico e moderno de política", ob cit., p.14.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

Neste mesmo sentido, doutrina Crisafulli asseverando que:

*... sovranità significa che ogni sistema di diritto statale si legittima da sé, trovando in sé medesimo la propria giustificazione giuridica e il proprio fondamento: in contrapposto agli ordinamenti 'derivati', i quali, invece, presuppongono sopra di sé un ordinamento superiore che ne condiziona la stessa esistenza e la validità<sup>17</sup>.*

O Estado distingue-se pela soberania que lhe é inerente. Somente ele possui a faculdade de auto-restringir-se, demarcando os limites de sua própria atuação. Através do exercício da atividade legislativa o Estado modifica o direito, regula sua soberania e, ainda, faz cumprir os próprios comandos por meio de seus órgãos. O poder soberano é poder jurídico obstativo do uso arbitrário da força<sup>18</sup>.

Direito e poder são conceitos de implicação recíproca. São, por assim dizer, as duas faces de uma mesma moeda. Uma sociedade precisa necessariamente de ambas. Isto porque onde o direito é impotente desenvolve-se facilmente a anarquia; por outro lado, onde o poder é incontrolado desenvolve-se o despotismo. O modelo ideal calca-se no equilíbrio entre direito e poder doutrinariamente reconhecido na experiência do Estado democrático de direito<sup>19</sup>. O Direito, bem como a norma jurídica que o veicula, carece de poder político em dois momentos de sua existência: quando de sua criação; e quando de sua aplicação. Conforme leciona Vasconcelos:

*O Direito se afirma, ao mesmo tempo, como estrutura normativa e como estrutura de poder. Entre norma e poder há relação de dependência recíproca, uma parte exigindo a outra para possibilitar-se: a norma decorre do poder e contém poder; o poder cria a norma e dela recebe autoridade.<sup>20</sup>*

<sup>17</sup> CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, v.1, 1970. p. 63.

<sup>18</sup> De ressaltar-se que a auto-limitação referida encontra-se plasmada na norma jurídica de suprema hierarquia no ordenamento, vale dizer, na Constituição. Nesta estão os limites materiais e formais à modificação do ordenamento.

<sup>19</sup> Diz-se Estado democrático de direito aquele no qual não há poder que não esteja subordinado ao direito e, ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas derive, em última instância, do consenso ativo dos cidadãos.

<sup>20</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 262.

No mesmo sentido reverbera Bobbio:

*A norma necessita do poder para tornar-se efetiva, e o poder de fato necessita da continuada obediência ao comando e às regras que dele derivam para tornar-se legítimo. ... O poder torna-se legítimo através do direito, enquanto o direito se torna efetivo através do poder. Quando um e outro se separam, encontramos-nos diante dos dois extremos, dos quais qualquer convivência organizada deve se afastar, do direito impotente e do poder arbitrário.*<sup>21</sup>

As noções de força e competência entrelaçam-se com a noção de poder. Se o poder se fundamenta na força, exclusivamente, diz-se ser de fato. Se fundado na competência (deduzida a partir do consentimento dos governados) diz-se de direito. Esclarecedora é a consideração de Bonavides:

*... a força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento tácito ou expresso dos governados...*<sup>22</sup>

## **6. O FUNDAMENTO DE VALIDADE POLÍTICO E JURÍDICO DO PODER DE TRIBUTAR**

Após tantas reflexões acerca das relações inerentes à tríade Estado, Poder e Direito, urge a aplicação das conclusões à manifestação da espécie de poder político estatal relevante ao objeto deste estudo: o poder de instituir e cobrar tributos.

É no exercício do supremo poder - a Soberania - que o Estado exige dos indivíduos parte dos recursos financeiros de que necessita. O poder de tributar encontra seu fundamento político na soberania estatal. Afirma, neste sentido, Machado:

*No exercício da sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder de*

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: De senectute e outros escritos autobiográficos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 170.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Op. cit., p. 115/116.

*tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta*<sup>23</sup>.

Seu fundamento jurídico de validade é encontrado na Constituição, enquanto carta jurídica/política fundamental, pois esta positiva o poder de tributar e lhe estabelece os limites ao exercício.

O poder de tributar é poder de direito, autorizado pelos governados. Não se funda na mera força material de comando, mas sim na força institucionalizada, própria da juridicidade.

Como afirmado por Vasconcelos, *o poder cria a norma*. O poder de tributar cria a norma de tributação. Esta, ao incidir sobre um fato semelhante àquele descrito na hipótese de incidência (dito fato imponível) gera uma relação jurídica: a relação de tributação<sup>24</sup>. Tem-se, desta forma, que a relação de tributação não é mera relação de poder/força, mas, sim de poder/direito.

Porque relação jurídica, a relação tributária encontra balizamento no próprio Direito. Outra não é a função dos princípios constitucionais tributários se não refrear as tentativas de exercício do poder de tributar de forma ilimitada e arbitrária. Somente porque é jurídica, a relação tributária encontra limites no próprio direito.

Em corolário, somente será relação jurídico-tributária válida aquela que guardar compatibilidade com a moldura limitativa jurídica. Como a Constituição Federal assume a posição hierarquicamente superior, criadora que é do próprio Estado e instituidora do ordenamento jurídico estatal, é nesta que o poder de tributar e a relação tributária buscam sua fundamentação.

O Estado somente pode exercer o poder de tributar, criando normas capazes de gerar relações de tributação, nos estritos limites da autorização constitucional. No campo do Direito Tributário, como também no do Direito Administrativo e Direito Penal, o campo da licitude confunde-se com o da legalidade,

---

<sup>23</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006. p. 53.

<sup>24</sup> Leciona GERALDO ATALIBA: *Costuma-se designar por incidência o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, como conseqüente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma. A norma tributária, como qualquer outra norma jurídica, tem sua incidência condicionada ao acontecimento de um fato previsto na hipótese legal, fato este cuja verificação acarreta automaticamente a incidência do mandamento (Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45/46).

isto é, somente pode o Estado fazer aquilo que esteja expressamente autorizado<sup>25</sup>.

Em que pese exorbitar o objetivo do presente estudo, não merecendo portanto maior aprofundamento, há que se fazer referência ao poder de eximir (isentar), consequência inevitável do poder de tributar. O Estado pode, com fulcro no mesmo pressuposto à instituição do tributo (poder de império), excluir a incidência da norma de tributação substituindo-a por outra que exonera o sujeito passivo do ônus tributário. São, em verdade, as duas faces simétricas da mesma moeda<sup>26</sup>.

## 7. CONCLUSÕES

Diante das considerações formuladas, conclui-se que:

- a) O homem é ser eminentemente social. Sua existência pressupõe convivência. Desta decorrem os conceitos de Estado, enquanto organização social de máxima complexidade, e de Direito, enquanto regulação objetiva de conduta;
- b) A criação do Estado e do Direito pressupõe poder político, traduzido na sujeição da vontade de alguns à vontade determinante de outros com fulcro em coação organizada. Não se confundem, contudo: Direito não é Estado. Tampouco o Estado é a única fonte produtora de Direito;
- c) A soberania exprime o mais elevado poder estatal. É com fundamento nesta *suprema potestas* que o Estado exige dos indivíduos parte dos recursos financeiros de que necessita. Este o fundamento da validade política do exercício do poder de tributar; o fundamento de validade jurídica é a Constituição;

<sup>25</sup> De destacar-se a dificuldade, em nível interpretativo, de saber-se o que se encontra ou não autorizado. Deixa-se de perscrutar acerca do tema, posto exorbitar dos limites do estudo ora desenvolvido.

<sup>26</sup> Neste sentido v. excelente estudo do professor titular de Direito Tributário da Universidade Federal de Pernambuco José Souto Maior Borges intitulado *Isenções Tributárias*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

- d) O poder de tributar é, ademais, poder de direito, isto é, autorizado pelos governados. Não se funda na simples força material de comando, mas na força institucionalizada. A Constituição enquanto carta jurídica/política fundamental, positiva o poder de tributar e lhe estabelece os limites ao exercício.

## **8. BIBLIOGRAFIA**

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. “O significado clássico e moderno de política” in *Curso de introdução à Ciência Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, v. 7.
- \_\_\_\_\_. *O tempo da memória: De senectute e outros escritos autobiográficos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, v.1, 1970.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- FREITAS, Manuel da Costa. Verbete “Conceito”, *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa: Editora Verbo, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1984.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- STOPPINO, Mario, *Dicionário de política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, verbete “poder”.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2006.



## SENTENÇAS ADITIVAS E O MITO DO LEGISLADOR NEGATIVO

**Edilson Pereira Nobre Júnior**

*Juiz Federal / 4ª Vara - RN*

*Sumário: 1. Exposição do problema; 2. Juiz constitucional e função criadora; 3. O princípio da igualdade; 4. Sentenças aditivas: um breve apanhado da questão no direito estrangeiro; 5. Sentenças aditivas: óbices, limites e eficácia. 6. Análise da posição do Supremo Tribunal Federal e alguns remates.*

### **1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA**

O presente trabalho tem como inspiração o deliberado, sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal na Representação nº 1.417-7/DF<sup>1</sup>. Naquela oportunidade, examinava-se representação formulada pelo Procurador-Geral da República, então titular exclusivo da prerrogativa de ativar a fiscalização abstrata da constitucionalidade, em detrimento do §3º do art. 65 da Lei Complementar 35/79, que disciplina o estatuto da magistratura nacional, cujo acréscimo decorreu da Lei Complementar 54/86.

O dispositivo impugnado atribuiu ao respectivo tribunal competência para, nos termos dos seus incisos I e II, conceder, em favor dos magistrados a ele vinculados, auxílio-transporte e auxílio-moradia nos percentuais de até 25% e 30%, respectivamente.

Entendeu-se, na ocasião, por rejeitar pedido alternativo do autor da demanda, no sentido de ser ao dispositivo ofertado interpretação conforme, a fim

---

<sup>1</sup> Pleno, DJU de 15-04-88.

de que a competência conferida aos tribunais fosse exercida nos termos da lei, expressão constante do *caput* do art. 65 da Lei Complementar 35/79.

Argumentou-se, para tanto, que o princípio da interpretação conforme à Constituição, situado no âmbito do controle de constitucionalidade, encontra óbice intransponível no fato de, *in casu*, contrariar o sentido inequívoco que o legislador pretendeu legar ao dispositivo impugnado. Caso assim se tivesse laborado, haveria atuação como legislador positivo, função interdita à Corte Constitucional.

Do longo voto do relator, Min. Moreira Alves, destaco uma breve passagem:

O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria uma norma nova.

Outro precedente reforçou essa orientação, retratado pela ADIN 896-0/DF (Medida Liminar)<sup>2</sup>, na qual se examinava a argüição de inconstitucionalidade do art. 270, §§1º e 2º, e da expressão “não alcançados pelo artigo anterior” do art. 271, ambos da Lei Complementar 75/93.

Restou considerado que, não havendo sido articulada também a invalidade do art. 269 do referido diploma, o qual se encontrava indissolivelmente ligado aos dispositivos questionados, não poderia o Supremo Tribunal Federal

declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucional-

---

<sup>2</sup> Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 16-02-96.

lidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo.

No item seguinte da ementa, ressaltou-se que, não podendo a Corte apreciar a inconstitucionalidade sem se transformar em legislador positivo, outra alternativa não se remanesce senão o reconhecimento da eliminação da possibilidade jurídica da demanda.

Tributa-se a Kelsen a afirmação de que o Tribunal Constitucional, no desempenho de sua missão de garante do cumprimento da Lei Fundamental, não poderia ir além da invalidação da norma que a esta se contrapõe. De fato, ao tentar justificar a legitimidade da jurisdição constitucional frente à independência dos órgãos de produção normativa, o mestre austríaco alvitra distinção entre a elaboração e a anulação de leis, limitando-se a esta o alcance da competência do Tribunal Constitucional.

Procurando afastar a anulação das leis do campo da função legislativa, acentuara:

É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação das leis se produz essencialmente como aplicação da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003. p. 153. Tradução de Maria Ermantina Galvão.

A partir dessa abalizada concepção, surge o questionamento a ser desenvolvido nestas linhas, qual seja o da admissibilidade, no sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, das chamadas sentenças aditivas, consagradas nalguns países da Europa, como a Itália e a Espanha.

Tais decisões, quando, a partir do reconhecimento de inconstitucionalidade parcial, ampliam o sentido da lei impugnada, não estariam criando direito novo, invadindo, assim, seara inconciliável com a atividade de julgar? Em caso afirmativo, o órgão jurisdicional incumbido de custodiar a vontade do Constituinte não estaria exercendo missão de legislador positivo, com franca intromissão em atividade reservada ao legislador? Reservamo-nos a resposta para os tópicos seguintes.

## **2. JUIZ CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO CRIADORA**

A questão acerca da criação de normas jurídicas pelo magistrado ganhou especial relevo a partir da Revolução Francesa. Esta, dentre outros aspectos, auferiu notoriedade pela profunda deferência ao conceito de soberania, de enorme prestígio à época do *Ancien Régime*, mas com uma diferença, consistente na substituição do príncipe pelo povo como seu substrato básico.

Em conseqüência, irrompe a lei, produto da vontade geral, como instrumento para reger as condutas sociais e demarcar o campo de intervenção do Estado na província de atuação dos particulares. Surgiram, com a pretensão sistêmica de completude da regência das relações sociais, as codificações, cabendo o pioneirismo ao Código Civil dos franceses, de 21 de março de 1804, seguido pelos Códigos de Processo Civil (1807), Comercial (1807) e Penal (1810).

O papel do juiz, dada a aversão à sua figura pelos revolucionários, decorrente de sua forte vinculação com a nobreza, restou reduzido a de mero emissor da voz da lei.

Lastro teórico a esse pensar adveio da pena de Montesquieu, para quem o magistrado apenas seria a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*), verdadeiro ser inanimado que não poderia moderar seus vocábulos ou seu rigor<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Útil conferir, no Livro Sexto, Capítulo III, do Espírito das Leis, a seguinte passagem: “Nos Estados despóticos, não existe lei; a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida” (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 110. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues).

Amostra dessa tendência recaiu no Título III, Capítulo V, da Constituição de 03 de setembro de 1791, cujo art. 3º dispunha: “Os tribunais não podem, nem se imiscuir no exercício do Poder legislativo, ou suspender a execução das leis, nem empreender funções administrativas, ou convocar diante deles os administradores por razão das funções destes”<sup>5</sup>.

Esse imoderado culto à lei (*règne de la loi*), que tão bem demarcou a escola da exegese, fez desembocar na instituição do *référé législatif* pelo Decreto que dispôs sobre a organização dos tribunais judiciários, de 16 a 24 de agosto de 1790, pelo qual toda vez que os juízes reputassem necessário interpretar uma lei por duvidar de seu sentido deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo, juntamente com o Tribunal de Cassação, inicialmente órgão auxiliar do Parlamento, o qual foi instituído com a missão de corrigir os equívocos cometidos pelos tribunais sempre que configurassem contração do texto da lei<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> “Les tribunaux ne peuvent, ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions” (Disponível em: [www.constitucion.rediris.es/principal](http://www.constitucion.rediris.es/principal). Acesso em 15-07-03). Imbuída dos eflúvios liberais, a Constituição brasileira de 25 de março de 1824, contrariamente às ordenações do reino, que conferiam à Casa de Suplicação a prerrogativa de tomar assentos, unificando a jurisprudência do império português, conferiu à Assembléia Geral o atributo de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (art. 15, nº 8º). O grave na subtração ao Judiciário da interpretação dos textos legais foi, como assinala Octaviano Nogueira (*Constituições Brasileiras*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2001. Tomo I, p. 39), que, durante os 65 anos de vigência de dita Constituição, o Legislativo não exerceu referida prerrogativa, a qual terminou sendo absorvida pelo Executivo. Sensato o entendimento extraído de Pimenta Bueno (Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Coleção Formadores do Brasil - Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 130-131.), ao frisar que o art. 15, nº 8º, da Constituição Imperial, apenas reserva ao corpo legislativo a atribuição para declarar, por via de autoridade ou por via de disposição geral obrigatória, o sentido da lei, porque tal atividade é a mesma de estabelecer o direito. Isso, contudo, não obsta, afirmava o autor, a existência da interpretação judicial ou doutrinal propriamente dita, da alçada dos juízes e tribunais superiores, “órgãos constitucionais e privativos, únicos autorizados para declarar, o que segundo as leis do Direito Comum é consequente, lícito ou proibido, punível ou não, válido ou nulo” (p. 140), competência que “não só é consagrada pela lei fundamental, pela instituição e independência do poder Judiciário, mas é de alta importância, e ampla garantia para a sociedade e para os direitos individuais” (p. 140). Este ponto de vista, como logo mais se observará, teve sua defesa por Portalis.

<sup>6</sup> O encerro dos juízes e tribunais à simples execução das leis preponderou na Espanha até o princípio do último quartel do Século XIX. A Constituição gaditana de 1812, após prever, no seu art. 131, competir às cortes legislativas propor, decretar, interpretar e revogar as leis, circunscreveu a ação dos tribunais à aplicação das leis nas causas civis e criminais, vedando-lhes outras funções além de julgar e executar seus julgamentos (arts. 242 e 245). Verificando-se dúvida sobre a inteligência a ser conferida a um dispositivo legal, caberia sua suscitação, por parte dos tribunais, ao Tribunal Supremo que, por sua vez, elaboraria, com os respectivos fundamentos, consulta ao Rei, a quem competia solicitar o pronunciamento dos órgãos parlamentares (art. 261.10). O mesmo diapasão, com irrelevantes diferenças de texto, encontrou-se presente nas Constituições de 1837 (art. 63), 1845 (art. 66), 1856 (art. 67), 1869 (art. 91). Somente com a Constituição de 1873 (art. 77) adveio traço de mudança, atribuindo-se a um órgão diverso do Parlamento, no caso o Tribunal Supremo, a prerrogativa de suspender os efeitos duma lei tida como contrária à Constituição. A transcrição dos preceitos constitucionais citados é encontrada em Juan Manuel López Ulla (*Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madri: Tecnos, 1999, p. 55-56. Prólogo: Luis López Guerra).

Movimento em direção contraposta surgiu ainda em plena ebulição do liberalismo político.

Marco disso recaiu no art. 4º do já referido Código Civil francês, ao dispor: “O juiz que se recusar de julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser demandado como culpado de denegar justiça”<sup>7</sup>. Não mais ficaria o magistrado reduzido à figura de *l’esclave de la loi*, passando ao lugar de *ministre d’équité*.

Essa transmudação, irrompida para fazer frente aos pregoeiros do rechaço radical da possibilidade de uma criação judicial do direito, deveu-se, como noticia Ross<sup>8</sup>, a Portalis que, em seu célebre Discurso Preliminar quando da elaboração do Código Civil, lançou respeitável consideração à teoria das fontes, não considerando a lei como a única fonte do direito. Concebeu também um lugar ao costume e ao juiz, reconhecendo necessariamente neste uma atividade independente e criadora do direito<sup>9</sup>.

Isso golpeou duplamente o *référé législatif*, seja pela sua derrogação pelo art. 4º do Código Civil, seja pela mutação funcional que sofrera o Tribunal de Cassação, a qual, limitada por Decreto de 27 de novembro a 01 de dezembro de 1790 à existência de contravenção expressa ao texto da lei, estendeu-se, por força da experiência, à condição de garante da unidade da jurisprudência.

Esse novo contorno ganhou seu lastro legal com a Lei de 01 de abril de 1837, cujo art. 2º estabelecia que, após uma segunda cassação fundada nos mesmos motivos da primeira, os tribunais subordinados estariam obrigados a respeitar a decisão da Corte de Cassação.

Ao lado da incapacidade do ordenamento jurídico em eliminar a criatividade do juiz, pode-se notar, no seio da doutrina, o reconhecimento da atividade judicial como a manifestação mais evidente da vida do direito.

<sup>7</sup> “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice” (Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Acesso em: 09-01-2006).

<sup>8</sup> *Teoria de las fuentes del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1999. p. 92-93.

<sup>9</sup> Conforme Portalis (*Discurso preliminar al Código Civil francés*. Madri: Civitas, 1997. p. 41-42. Introdução e tradução: I. Cremades e L. Guittérrez – Masson), diversamente da lei penal, em matéria civil se faz necessário a ação da jurisprudência, dado ser impossível regular-se todos os seus objetos mediante lei, enfatizando a existência de duas classes de interpretação, quais sejam: a por via de doutrina e a por via de autoridade. Apenas esta, que consistiria em resolver dúvidas por via de regulamentos ou disposições gerais, é que estava vedada aos juízes, de maneira que “forçar o magistrado a recorrer ao legislador, seria admitir o mais funesto dos princípios; seria renovar, entre nós, a desastrosa legislação dos rescritos” (Forzar al magistrado a recurrir al legislador sería admitir el más funesto de los principios; sería renovar entre nosotros la desastrosa legislación de los rescritos”. *Loc. cit.*, p. 43).

Em memorável estudo, Jean Cruet<sup>10</sup> nos mostra que os diversos segmentos da evolução jurídica não prescindiram, para o seu salutar desenvolvimento, da prática judicial. Por isso, tanto em Roma, cujo direito recebera o seu impulso mais vigoroso através da figura do pretor, tendo em vista a lentidão do legislador em seguir, de forma ágil, a evolução dos costumes, como no contraposto direito mulçumano, a necessidade de conciliar o direito escrito com as exigências cambiantes da vida social impeliram os juristas à interpretação criadora e extensiva dos textos.

Destaca ainda o autor a notável influência que teve o juiz inglês na formação *common law*, a qual, mesmo com a crescente ampliação do domínio legislativo, não perdeu sua basilar importância, bem como o paradoxo vivenciado pela França que, não obstante conhecida como a pátria da lei clara e progressiva, sofreu a sólida marca da evolução do seu sistema jurídico através da atuação do agir do magistrado que, no tratamento de muitas relações sociais, sempre precedeu ao legislador<sup>11</sup>.

A impossibilidade de separação do magistrado da criatividade jurídica é bem ressaltada por Cruet nessa passagem:

O juiz, esse “ente inanimado”, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se *uma lei natural da evolução jurídica*: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito de evoluir sob uma legislação imóvel<sup>12</sup>.

Mesmo com menor ênfase do que Cruet, Henri Lévy-Bruhl<sup>13</sup> não exclui a função criadora da jurisprudência, afirmando que muitas vezes o juiz se encontra

---

<sup>10</sup> A vida do direito e a inutilidade das leis. Salvador: *Livraria Progresso Editora*, 1956. p. 23-70.

<sup>11</sup> Aponta o autor a iniciativa desbravadora da jurisprudência na disciplina das seguintes matérias: a) indenização por motivo de resolução imotivada de contrato de trabalho e acidentes do trabalho; b) impenhorabilidade dos pequenos salários; c) liberdade de associação; d) a disciplina dos valores mobiliários; e) o desaparecimento como hipótese de extinção da personalidade; f) a legitimação dos filhos havidos de relacionamento entre pessoas que ostentassem grau de parentesco; g) a teoria do herdeiro aparente; h) a elaboração das regras jurídicas administrativas, para a qual foi essencial a intervenção do Conselho de Estado (*loc. cit.*, p. 55-70).

<sup>12</sup> *Loc. cit.*, p. 24.

<sup>13</sup> *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 73-76.

dividido entre a obrigação de aplicar a lei e aquela, não menos relevante, de ministrar uma justiça equitativa e adaptada às exigências atuais e, nesta ocasião, acha-se forçado a legar ao texto legal um sentido novo, diverso do atribuído por seu autor. Nessas hipóteses, é que teremos uma jurisprudência criadora, a ser incluída dentre as fontes do direito.

Isso não respalda – adverte o autor – a excessiva evasão do juiz à lei, a fim de julgar predominantemente por equidade, atribuindo-se àquele uma função que, teoricamente, não possui, qual seja a competência legislativa<sup>14</sup>.

No que concerne ao âmbito da fiscalização da constitucionalidade, o debate se apresenta revestido com não menos intensidade.

Fervoroso adversário do controle judicial de constitucionalidade das leis, Carl Schmitt<sup>15</sup>, embora defensor de que também ao juiz coubesse a outorga de uma certa liberdade, não seria possível transferir-lhe a decisão política, que é inerente ao legislador. Isso importaria alterar a posição constitucional do Judiciário.

Na concepção do professor germânico o Estado de Direito segue presupondo o axioma de que o Estado sem divisão entre legislação, execução e jurisdição, carece de Constituição, sem contar que naquela forma de organização estatal somente existe atividade judicial na forma de sentença elaborada com base numa lei.

Assim, a posição especial do juiz no Estado de Direito, sua objetividade, sua posição superior às partes, sua independência e inamovibilidade descansa no fato de que sua decisão é de fundar-se na lei, derivando, portanto, de outra decisão, a qual é definida pelo legislador.

Referindo-se à fórmula *due process of law* do direito anglo-saxão, recomenda ser

<sup>14</sup> Relevo ao caráter, necessariamente criativo, da função judicial, consta de António Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português – parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, tomo I, p.117), Adele Anzon (Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi – L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del richterrecht. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1995. p. 8), Juvêncio Gomes Garcia (*Função criadora do juiz*. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996) e Mônica Sette Lopes (*A equidade e os poderes do juiz*. Del Rey: Belo Horizonte, 1993. p. 206-208). O primeiro deles indigita à jurisprudência, enquanto solução de casos concretos, o atributo de dado fundamental à realização da ordem jurídica. Já o segundo observa o contínuo crescimento, a partir do século XX, do papel criativo dos juízes, presente tanto nos países do *civil law* como do *common law*.

<sup>15</sup> *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998, p. 78-79. Tradução: Manuel Sanchez Sarto.

preciso distinguir entre lei e sentença e, por conseguinte, entre legislador e juiz. Por diversa que seja, na prática, a divisão de poderes nos diversos Estados, resulta sempre inerente à distinção constitucional dos poderes o fato de que a divisão das funções políticas em matéria de organização (pelo menos ao regular-se as competências normais) corresponde uma efetiva diversificação da atividade<sup>16</sup>.

Demais de considerar o controle judicial de constitucionalidade inadequado à função judicial, sustinha Schmitt, como decorrência lógica de seu ponto de vista, a necessidade de uma limitação de uma possível atividade criativa do juiz, eliminando-a no que tange à seara política.

Procedendo a minuciosa análise das tendências favoráveis e opositoras, Lafuente Balle<sup>17</sup>, autor mais moderno, posiciona-se no sentido de que a atividade da jurisdição constitucional é, indiscutivelmente, criativa, ainda quando atue como legislador negativo. Assim o impõe a especificidade da norma constitucional que, em virtude de seu contorno de incerteza, favorece a discricionariedade do juiz constitucional. A enunciação dos comandos constitucionais em forma de princípios, comportando certa vagueza, não exclui uma atividade criadora para que se torne possível sua concreção.

O pensamento é assim bem exposto:

A norma constitucional apresenta a diferencial característica de sua não concreção e de seu sentido político. Estas circunstâncias favorecem um número crescente de interpretações, todas distintas e que qualquer observador informado e imparcial as consideraria corretas e lógicas. É neste labor de optar por uma destas interpretações onde o Tribunal Constitucional exerce sempre sua função criadora e normativa. Por isso, não existe nenhum caso fácil do qual conheça o Tribunal Constitucional. Em nenhum caso, o Tribunal se limita a aplicar a norma constitucional simplesmente e

---

<sup>16</sup> “preciso distinguir entre ley y sentencia judicial, y, por consiguiente, entre legislador y juez. Por diversa que sea en la práctica la división de poderes en los diferentes Estados, resulta siempre inherente a la diferenciación constitucional de los poderes el hecho de que a la división de las funciones políticas en materia de organización (por lo menos funciones al regularse las competencias normales), corresponde una efectiva diversificación de la actividad” (*Loc. cit.*, p. 79).

<sup>17</sup> *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial COLEX, 2000. p. 77-94.

sem interpretá-la. Este labor interpretativo é, precisamente, o fator determinante da transcendental importância do precedente constitucional<sup>18</sup>.

Essa característica indissociável do labor da Corte Constitucional, afirma o autor, não conduz a um risco de preponderância de critério antidemocrático, com a introdução de uma verdadeira terceira câmara parlamentar em detrimento dos legisladores eleitos. Isso se justifica porque o cometimento de tal tarefa não parte de uma decisão infundada, mas sim resulta da própria vontade do poder constituinte, originária, suprema, soberana e, portanto, necessariamente democrática.

Outro respaldo a uma mais ampla função interpretativa do juiz constitucional vem residindo em fator eminentemente prático, qual seja a opção, cada vez mais crescente dos tribunais constitucionais, pelas sentenças criativas (interpretativas, aditivas, manipulativas, apelativas etc.), cujo teor suaviza o enfrentamento com os órgãos parlamentares, porquanto, ao invés de invalidar uma lei contrária à Constituição, incorpora-se, através de um novo sentido, uma nova norma ao ordenamento jurídico.

Assim, o autor, na sua conclusão, não olvida em destacar que, não obstante o tribunal constitucional seja um órgão político com capacidade de legislar, dada a obviedade de que, ao criar direito, usurpa a função legislativa, quebrando a separação de poderes, o exercício de tal atribuição se tornou de grande utilidade à conservação da paz social, a qual consiste na principal função do Direito como instrumento de resolução de conflitos. Prova disso está em que nenhum órgão constitucional poderia haver legislado mais sobre temas como o aborto, o terrorismo, as liberdades públicas, a integração europeia, a distribuição de competências nos estados federais, e com a singularidade de usufruir do respeito dos partidos e demais operadores políticos.

Após exposição das críticas sofridas pela jurisdição constitucional, seja tanto no seu berço norte-americano, como se pode notar dos dois Roosevelt (Theodore e Franklin), como na França, em razão do desenvolvimento vivenci-

---

<sup>18</sup> “La norma constitucional presenta la característica diferencial de su concreción y de su contenido político. Estas circunstancias favorecen un número creciente de interpretaciones, todas ellas distintas y que cualquier observador informado e imparcial consideraría correctas y lógicas. Es en esta labor de optar por una de estas interpretaciones donde el Tribunal Constitucional ejerce siempre su función creadora y normativa. Por ello, no existe ningún caso fácil del que conozca el Tribunal Constitucional. En ningún caso, el Tribunal se limita a aplicar la norma constitucional simplemente y sin interpretarla. Esta labor interpretativa es, precisamente, el factor que determina la transcendental importancia del precedente constitucional” (*Loc. cit.*, p. 85).

ado pelo Conselho Constitucional a partir de 1974, Enterría<sup>19</sup>, demais de rebater os argumentos contrários à legitimidade daquela, sustenta a inevitável criatividade de sua atividade.

Segundo o autor, a partir da consideração da Constituição como autêntica norma jurídica, ao invés de mero compromisso ocasional de grupos políticos, não se pode negar a justiça constitucional como formidável instrumento de integração política e social da coletividade, atuando para que aquela constitua uma ordem a serviço da justiça e da dignidade dos homens.

Sustendo seus argumentos, afirma que foi justamente o labor criativo e adaptador, suficientemente expressivo nos Estados Unidos, o traço a afiançar a sobrevivência da Constituição de 1787 por mais de dois séculos (ou, como poderíamos agregar, para uma maior ênfase, da luz de vela à sociedade da informática)<sup>20</sup>, enquanto que a hostilidade francesa à jurisdição constitucional acarretou o contraste da promulgação de quinze constituições no mesmo período de tempo.

Por isso, conclui que “a justiça constitucional é o instrumento através do qual o *fundamental law*, o pacto social constitucional retém e atualiza toda sua virtualidade e eficácia”<sup>21</sup>.

Interessante a referência à opinião de Cappelletti<sup>22</sup>. Este, ao depois de asseverar que as declarações de direitos, nacionais ou transnacionais, deixaram de ser proclamações meramente filosóficas a partir do instante em que a sua aplicação efetiva fora confiada a tribunais constitucionais, ou a tribunais transnacionais, como é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirma peremptoria-

---

<sup>19</sup> *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madri: Civitas, 1994. p. 167-196.

<sup>20</sup> Formidável amostra dessa afirmação consta de Christopher Wolf (*La transformación de la interpretación constitucional*. Madri: Civitas, 1991), onde se analisa, com pormenor, a evolução do significado da Constituição norte-americana pelo labor judicial em adaptá-la à passagem de mais de duzentos anos de sua vigência, percorrendo-se as fases que denomina de tradicional (1798 a 1890), a do *laissez-faire* e capitalista (1890 a 1937) e a da era moderna (posterior a 1937).

<sup>21</sup> “la justicia constitucional es el instrumento a través del cual el *fundamental law*, el pacto social constitucional retiene y actualiza toda su virtualidad y eficacia” (*loc. cit.*, p. 195-196). Essa conclusão, ainda no que concerne à doutrina hispânica, resulta da pena de Enrique Alonso Garcia, ao reputar na Introdução da sua *La Interpretación de la Constitución* (Madri: Centro de estudios constitucionales, 1984. p. 4), como fato indiscutível, em todos os sistemas de jurisdição constitucional, o de que o intérprete judicial cria ou formula normas derivadas da Constituição, seja expressa, seja tacitamente.

<sup>22</sup> Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 614-620.

mente que a interpretação e a proteção dos direitos sociais implicam nível bastante elevado da força criadora dos citados órgãos jurisdicionais, uma vez as constituições, bem assim as correspondentes declarações de direitos, demais de vazadas em termos vagos e sintéticos, expressam valores como liberdade, democracia, justiça, dignidade, igualdade, entre outros.

Esse pensar não passou despercebido na doutrina nacional. Francisco Campos, de há muito, destacara irresponsável realidade:

O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal, e, particularmente, a da Suprema Corte Americana. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”<sup>23</sup>.

Passadas algumas décadas, Inocêncio Mártires Coelho, atento tanto ao fato da norma constitucional operar mediante fórmulas lapidares ou enunciados abertos, bem assim à localização das cortes constitucionais fora e acima da tripartição de poderes<sup>24</sup>, reconhece que os membros destas, na condição de intérpretes finais da Lei Fundamental, terminam positivando a sua concepção de justiça<sup>25</sup>.

Depreende-se, pois, não mais ser contestável o apanágio do juiz em levar a cabo renovação do sistema jurídico, seja pela natural falibilidade do legislador

<sup>23</sup> *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. v. II, p. 403.

<sup>24</sup> A característica inerente à localização das cortes constitucionais no interior do aparato estatal, como órgão que está fora e acima dos chamados três poderes, vem ressaltada pelo art. 1.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol (LOTIC), de 03 de outubro de 1979, ao enfatizar: “O Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constituição, é independente dos demais órgãos constitucionais, e está submetido somente à Constituição e à presente Lei Orgânica” (El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Lei Orgânica”. Disponível em [www.bdd.unizar.es](http://www.bdd.unizar.es). Acesso em 27-06-2003).

<sup>25</sup> Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. *Revista Jurídica Virtual*, v. 13. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 08-04-2002. Em suas conclusões, o autor deixa claro que se as cortes constitucionais, na qualidade de últimas instâncias de aplicação da Lei Maior, proferem julgamentos insuscetíveis de revisão, equivalentes a erratas e adendas daquela, significa rematar que a “questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade fica sujeita a juízos políticos sobre a validade das leis, assim entendidas a sua conveniência, oportunidade e razoabilidade, conceitos abertos e indeterminados cuja densificação depende da pré-compreensão e da ideologia dos magistrados que exercem a jurisdição constitucional” (*loc. cit.*, p. 14 de 17).

em disciplinar todas as relações da cada vez mais complexa vida gregária, seja pela singularidade de que o texto legal deva ser interpretado em atenção às transformadoras reações ocorridas no meio social<sup>26</sup>.

Além disso, a longa exposição de opiniões doutrinárias nos leva a considerar como irrecusável que, versando a Constituição uma disciplina não individualizada ou detalhada, mas que, ao contrário, caracteriza-se por cláusulas gerais e conceitos de valor, não se pode negar ao seu intérprete a imensa faculdade de tomar decisões com certa autonomia. Isso se dá principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, no qual a menção a expressões como igualdade, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fornece elementos que, durante o esforço exegético para sua concreção, permitem uma pluralidade de deliberações.

No que concerne ao presente trabalho, particular importância ganha a idéia, positivada nas constituições hodiernas, de isonomia, a qual será alvo de desenvolvimento no tópico seguinte.

### **3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Na atual fase de desenvolvimento da ciência jurídica ocidental, que para alguns se convencionou denominar pós-modernismo, é sabido que merecem destaque os princípios, cujo componente normativo serve de fundamento e de elemento decisivo para a interpretação das demais normas, denominadas, para fins de divisão didática, de regras.

Daí ser imprescindível uma referência, embora breve, à igualdade, tema que, desde a antiguidade clássica, já era demasiado caro à filosofia.

A sua inserção no plano jurídico pode ser indicada como coincidente com o constitucionalismo, movimento que servira de estuque ao surgimento do Estado liberal de direito.

Com efeito, à Seção I da Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, coube o pioneirismo na explicitação do princípio, ao ditar que todos “os homens são por natureza igualmente livres e independentes”<sup>27</sup>, sendo,

---

<sup>26</sup> Não é à toa que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil recomenda ao juiz, na aplicação da lei, considerar os fins sociais a que aquela se dirige e as exigências do bem comum.

<sup>27</sup> O caráter precursor desse documento foi ressaltado por Carmen Lúcia Antunes Rocha (*O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 31), referenciando ainda a Constituição da Pensilvânia de 12 de novembro de 1776.

com a Constituição norte-americana<sup>28</sup>, de 17 de setembro de 1787, inferido tacitamente do seu Artigo IV, Seção II, item 1, aportando no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>29</sup>, de 26 de agosto de 1789, de onde espraiou-se para outras constituições européias do século XIX<sup>30</sup>.

A exaltação da isonomia foi uma constante nas leis fundamentais promulgadas posteriormente às duas guerras mundiais. Basta ver, dentre muitas, as Constituições do México de 1917 (art. 4º), da Alemanha de 1919 (art. 109) e de 1949 (art. 3º), da Áustria de 1920 (art. 7.1), do Japão de 1946 (art. 10º), da Itália de 1947 (art. 3º), da França de 1958 (art. 2º), da Grécia de 1975 (art. 4.1), de Portugal de 1933 (art. 5º) e 1976 (art. 13º, ° 1º), da Espanha de 1933 (art. 2º) e de 1978 (art. 14), do Chile de 1980 (art. 1º), da Holanda de 1983 (art. 4º), da Bulgária de 1991 (art. 6.1), da Romênia de 1991 (art. 4.2), da Rússia de 1993 (art. 6.2), do Uruguai de 1997 (art. 8º) e da Suíça de 1999 (art. 2º).

No Brasil, a preocupação com a garantia constitucional da igualdade foi uma constante, principiando-se com a Carta Imperial de 1824 (art. 179, §13), com reprodução nas posteriores de 1891 (art. 72, §2º), 1934 (art. 113, nº 1), 1937 (art. 112, nº 1), 1946 (art. 141, §1º), 1967 (art. 150, §1º), 1969 (art. 153, §1º), até culminar no texto promulgado em 1988 (art. 5º, I).

Particularidade da Constituição vigente, em prol duma maior afirmação do cânon, residiu na sua previsão específica com relação às diversas áreas de seu denso texto, sem que houvesse contentamento com sua explicitação genérica.

Daí se pode visualizar o ressaibo informador do vetor isonômico nas passagens, a saber: a) proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil, ou deficiência (art. 7º, XXX e XXXI), o que é extensível ao setor público (art. 39, §3º); b) a impossibilidade do legislador em estabelecer distinção entre brasilei-

<sup>28</sup> O dispositivo contém a mensagem de que os cidadãos de cada Estado gozarão, nos demais Estados, de todas as prerrogativas e garantias que gozarem os cidadãos destes. A consagração do princípio adveio reforçada com a Emenda XIV (item 01), de 09 de julho de 1868.

<sup>29</sup> Dito artigo se encontrava assim redigido: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.

<sup>30</sup> A título exemplificativo, consultar o Preâmbulo da Constituição francesa de 03 de setembro de 1791, o art. 2º da Constituição do Ano I (1793), a Constituição portuguesa de 23 de setembro de 1822 (art.9º), a Constituição da Bélgica de 07 de fevereiro de 1831 (art. 6º), a Carta Constitucional francesa de 14 de agosto de 1830 (art. 1º) e o Preâmbulo da Constituição francesa de 04 de novembro de 1848 (IV).

ros natos e naturalizados (art. 12, §2º); c) vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III); d) a observância pela Administração Pública da impessoalidade (art. 37, *caput*); e) a livre acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, pelo regime de mérito (art. 37, I e II); f) à obrigatoriedade de licitação como indispensável pressuposto para as contratações administrativas (art. 37, XXI); g) proibição de instituir-se tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II); g) a não possibilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, destinadas ao exercício de atividade econômica, de fruírem de privilégios não extensivos às do setor privado; h) a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, parágrafo único, II); i) o acesso universal às ações e serviços de saúde (art. 196); j) a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, II); l) a igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal (art. 226, §5º) e da filiação (art. 227, §6º).

Exposto o desenvolvimento que alcançou o princípio na órbita constitucional, coube à doutrina lançar mão da determinação de seu conteúdo.

Sustém Larenz<sup>31</sup>, procurando construir exegese do art. 3º da Constituição alemã em vigor, que a igualdade proíbe diferenciações arbitrárias, de sorte a encontrar causa objetiva que, no caso concreto, a justifique. E não é só. O postulado coexiste com o da proporcionalidade, sendo de notar que o tratamento igualitário somente é admissível à medida que guarde correspondência com a situação diferenciadora que a respalde.

Daí segue, sustenta o mestre, que a isonomia não apenas torna defesa a abstenção de diferenciações quando estas contradigam uma causa evidente que resulte da natureza das coisas, mas, por outro lado, ordena que se produzam diferenciações quando estas, orientadas por um critério de justiça, visem a desigualdades resultantes de aspectos significativos e evidentes.

Nestas plagas, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>32</sup>, desvendando o ponto central da questão, alude à necessidade de investigar-se qual o critério diferenciador utilizado e, de outro lado, se este encontra, na situação vivenciada, justificativa racional para respaldar o tratamento desigual.

---

<sup>31</sup> *Derecho justo – fundamentos de etica juridica*. Madri: Civitas, 1985, p. 139 e 142. Tradução e apresentação: Luiz Díez-Pacazo.

<sup>32</sup> *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 48.

Diz o autor, em tom conclusivo: “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”<sup>33</sup>.

Não distinta se mostra Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>34</sup>. Para esta a necessidade de respeito à igualdade pretende a: a) não permissão ou manutenção de desigualdades não fundadas em critérios de fato ou legítimos de direito; b) não instituição de desigualdades entre pessoas em situações onde se permite igualação; c) não sedimentação de preconceitos ou discriminações; d) eliminação, por procedimento desigualado, de desigualdades sócio-econômicas e políticas encontradas na realidade assumida pelo Estado<sup>35</sup>; e) legitimação das desigualdades quando estas forem mais relevantes para o interesse humano a ser protegido.

Em suma, a autora remata para que deva “prevalecer, como critério justo para a montagem e aplicação do princípio da igualdade, é que o elemento determinante do tratamento igual ou desigual seja o que se afasta do arbítrio e realize o ideal de Justiça prevalente na sociedade e que se justifique pela razão humana”<sup>36</sup>.

Interessante saber, no âmbito do Estado, qual o destinatário do vetor isonômico<sup>37</sup>. Isso porque as constituições pátrias, como é o caso da atual, optaram pela utilização da expressão “perante a lei”, o que poderia supor a restrição da força vinculativa do princípio ao seu aplicador, ou seja, aos órgãos incumbidos da função administrativa.

Ledo engano. Mesmo que assim possa parecer sob o prisma puramente gramatical, forçoso salientar que tal não exclui, antes impõe, que a obrigação de respeito à igualdade esteja presente quando da elaboração da própria norma, ou, como se convencionou atribuir no jargão jurídico, haveria que se cogitar também de “igualdade na lei”.

<sup>33</sup> *Loc. cit.*, p. 49.

<sup>34</sup> *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 39-40.

<sup>35</sup> Nesse ponto, conferir que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é, justamente, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

<sup>36</sup> *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 40.

<sup>37</sup> Não se quer dizer que a isonomia sujeite apenas os poderes públicos. Malgrado o assunto ostente certa complexidade, decorrente da autonomia da vontade, necessário reconhecer a ingerência da isonomia nas relações entre particulares quando atingida a dignidade da pessoa humana.

Esse pensar tem granjeado integral adesão dos nossos doutrinadores, seja daqueles que escreveram sob a égide de constituições pretéritas, como é o caso de João Barbalho<sup>38</sup>, San Tiago Dantas<sup>39</sup>, Pontes de Miranda<sup>40</sup> e Pinto Ferreira<sup>41</sup>, seja pelos comentadores da Lei Fundamental de 1988. Dentre estes, destaque-se José Afonso da Silva<sup>42</sup>, ao explicitar que o princípio tem como destinatários, indistintamente, tanto o legislador como os aplicadores da lei.

Ponto sensível condiz com a configuração que a igualdade assume na sua vinculação do legislador.

Necessário saber se a sua influência sobre a atividade legislativa se faz apenas no sentido de impor interdições àquela, quando enverede pela senda das discriminações arbitrárias, ou se possui uma eficácia de maior densidade, traduzindo obrigação de extensão dos mandamentos legais a determinadas situações não colimadas por estes.

Atento a essa singularidade, Jorge de Miranda<sup>43</sup> expôs duas significações para o princípio. De logo, vem o sentido primário e original deste, que é o seu caráter negativo, consistindo na vedação de privilégios e de discriminações. Em segundo lugar, mais fecundo vem a ser o sentido positivo, a reclamar: a) tratamento igual ou semelhante de situações iguais ou semelhantes; b) tratamento desigual de situações substancialmente desiguais; c) tratamento em moldes de proporcionalidade de situações relativamente iguais ou desiguais; d) tratamento das situações não somente como existem, mas como devem existir<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> *Constituição Federal Brasileira (1891) – Comentada*. Coleção História Constitucional Brasileira. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 303.

<sup>39</sup> Igualdade perante a lei e “*due process of law*” – contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder legislativo. *Revista Forense*, p. 21, abr. 1948.

<sup>40</sup> *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. Tomo IV, p. 702 e 711.

<sup>41</sup> Igualdade (direito constitucional). In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 42, p. 161.

<sup>42</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo; Malheiros Editores, 1992. p. 197.

<sup>43</sup> *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV, p. 238-242.

<sup>44</sup> Num rápido cotejo, pode-se verificar que o sentido positivo alvitado por Jorge de Miranda é bem mais amplo do que o indicado por Larenz, e aqui mencionado em instante anterior, uma vez este apenas compreender um mandamento de desigualdade para hipóteses diferentes.

Nesse último ponto, acresce o autor um competente ativo, fazendo com que a lei acarrete, por seu intermédio, o advento de situações de isonomia.

Diante disso, enumera o autor, em linhas posteriores, com o propósito de verificar o enquadramento do legislador nas balizas igualitárias, algumas situações, merecendo realce a inerente à omissão legislativa parcial – v.g., quando uma norma confere determinado direito a certas pessoas, silenciando em estendê-los a outras pessoas em posições assemelhadas – onde se mostra que a recomposição do tratamento igualitário não está em se impedir a concretização jurídica já obtida, mas, ao revés, em procurar obter, por meio da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o suprimento desta.

A lacuna não se resolveria com o reconhecimento da inconstitucionalidade, em face da discriminação entre os destinatários da norma, resultando na sua expulsão do ordenamento jurídico. Absolutamente. A atuação da jurisdição supriria, assim, a parte omitida pelo legislador e sem a qual a norma por este editada seria inconstitucional.

O entendimento, que poderia chocar a noção tradicional construída acerca do princípio da igualdade, vem atender a uma característica inseparável dos princípios, qual seja o seu perfil positivo.

Realmente, constitui forte tendência, conforme muito bem se observa de Carmen Lúcia Antunes Rocha, que os princípios constitucionais têm funções positiva e negativa. Enquanto por via desta se rejeita a introdução no sistema normativo daquilo que se contraponha ou se incompatibilize com o quanto naqueles está assentado, pela primeira se afirma “a diretriz e o conteúdo dos sub-princípios e do regramento jurídico que se põe à observância dos membros da sociedade estatal”<sup>45</sup>.

À vista de mais essa possibilidade, a ser extraída do culto constitucional à isonomia, é que se origina a sentença aditiva, cujo delineamento, a partir dos sistemas que a perfilharam, será objeto de melhor desenvoltura no tópico subsequente.

#### **4. SENTENÇAS ADITIVAS: UM BREVE APANHADO DA QUESTÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO**

Para que se possa chegar à delimitação do que vem a ser sentença aditiva, bem como o seu prestígio em alguns sistemas de fiscalização da constitucio-

<sup>45</sup> *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 27.

nalidade, há de se ter por ponto de partida o método da interpretação conforme a Constituição.

Referida técnica se apóia em três fundamentos. O primeiro deles decorre do papel que a Constituição exerce no ordenamento, ou, mais precisamente, do seu caráter de supremacia e de fonte central, do qual se subordina a validade das demais normas.

Disso resulta a obrigação, dirigida aos aplicadores das demais normas, sejam órgãos estatais, sejam particulares, de amoldar o sentido destas aos princípios e regras constitucionais.

Noutro plano, a interpretação conforme, tendo como ambiência a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, resulta de imperativo imposto ao juiz e que diz respeito à eficiência da atividade estatal.

A declaração de inconstitucionalidade de regra jurídica, por partes dos tribunais, constitui, quando cotejada com o desate dos litígios ordinários, uma atividade que assume especial gravidade, ora pela insegurança jurídica que possa criar, ora por o legislador não possuir, na sua faina cotidiana, a presteza suficiente para preencher a lacuna porventura gerada pela decisão.

Imprescindível se faz que o juiz constitucional tenha consciência da enorme – e quase sempre, dispendiosa – atividade legislativa empreendida para que pudesse vir a lume a norma impugnada. Portanto, surge àquele o encargo de verificar se esta contém, nos vários sentidos que o seu texto permite interpretá-la, um que possa se harmonizar com a Lei Fundamental.

Corresponde, assim, a interpretação conforme a Constituição a um reclamo do princípio da conservação dos atos jurídicos. A idéia é bem sublinhada por Inocência Mártires Coelho:

Com efeito, ao recomendar – nisso se resume o princípio – que os aplicadores da constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos legislativos<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 137-138.

Ademais, impossível obscurecer a influência da máxima, de formulação americana, da presunção de constitucionalidade das leis. Há, em favor do legislador, a outorga de forte confiança no sentido de que a sua obra se guie pela interpretação correta da Constituição.

Dessa maneira, toda lei, grosso modo, apresenta-se compatível com a Norma Ápice, salvo quando, sem sombra de qualquer dúvida razoável, não se possa conciliar ambos os textos. Quer-se dizer que a inconstitucionalidade não se presume, cabendo ser demonstrada de modo cristalino.

Por conseguinte, mesmo que uma norma, diante da abstração de seu texto, permita vislumbrar contrariedade com a Lei Maior, mas que, igualmente, consinta, sob um determinado aspecto, uma compreensão de conformidade com esta, deve o intérprete preferir a solução que milite pela manutenção daquela no sistema jurídico.

Da interpretação conforme advêm conseqüências das mais variadas, dentre as quais, observa, com a acuidade que lhe é peculiar, García de Enterría<sup>47</sup>, está algo além da mera exegese declarativa, importando naquela de colorido integrativo, destinada a colmatar insuficiências dos textos legais validados.

Desse efeito integrativo é que surge, exatamente, a sentença aditiva. Estas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo.

Ao invés de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida através do adicionamento ao seu conteúdo duma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição.

Nestas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental.

A sua ocorrência coincide com as hipóteses onde o tribunal reconhece a existência de omissão parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais.

---

<sup>47</sup> *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madri: Civitas, 1994. p. 167-196. Louva-se o autor, que aponta mais quatro resultados da interpretação conforme, no art. 1.4 do Título Preliminar do Código Civil espanhol, ao dispor que os princípios gerais do direito aplicar-se-ão na ausência de lei ou costume, sem prejuízo de seu caráter informador do ordenamento jurídico.

O foco da fiscalização da inconstitucionalidade recai não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, no fato desta não prever aquilo que deveria tratar para satisfazer ao reclamado pela Lei Máxima<sup>48</sup>.

Dentre os vários autores, esclarecedora a definição de Zagrebelsky, ao ensinar que as sentenças aditivas, ou adjuntivas, são as

utilizadas quando uma disposição tem uma carga normativa inferior àquela que, constitucionalmente, deveria possuir. A corte constitucional interviém nestes casos declarando inconstitucional a disposição *na parte na qual não prevê algo*, pretendendo que este conteúdo normativo ulterior seja introduzido no ordenamento, não obstante em presença de um texto que – mesmo depois da sentença da corte – não é de per si idôneo a exprimi-lo<sup>49</sup>.

Por essa técnica, o juiz constitucional pode suprir omissões levadas a cabo pelo legislador, louvando-se, para tanto, no cumprimento dos princípios constitucionais, com relação aos quais é freqüente a necessidade de observar-se a igualdade, o que justifica a atenção a esta dedicada no tópico passado, muito embora outros valores sejam levados em consideração<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Essa a percepção que se pode haurir de abalizada doutrina (Jorge de Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo VI – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, p. 79-80). Não obstante, na Itália, onde se pode indagar o berço das decisões adjuntivas, há quem proclame que o seu objeto seria uma norma existente (norma vivente), como é o caso de Andrea Pugiotto (Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXVII, p. 3.675, set./out. 1992), invocando como reforço, em nota de rodapé 11, opinião de G. Branca quando Presidente da Corte Constitucional. Voltaremos a essa particularidade doravante.

<sup>49</sup> “utilizzate quando una disposizione ha una portata normativa minore di quella che, costituzionalmente, dovrebbe avere. La corte costituzionale interviene in questi casi dichiarando incostituzionale la disposizione *nella parte in cui non prevede alcunché*, pretendendo che questo contenuto normativo ulteriore sai immerso nell’ordinamento, pur in presenza di un testo che – anche dopo la sentenza della corte – non è di per sé idôneo ad esprimerlo” (*La giustizia costituzionale*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1977, p. 157).

<sup>50</sup> Volta a anotar Jorge de Miranda (*Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo VI – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, p. 83) a relevância aqui assumida pelo princípio da isonomia que compreende dever ser visto não mais tanto pela sua feição negativa, mas, por influxo da atualidade, pela sua vertente positiva, demandando algo além da supressão de diferenças, a importar a atribuição de benefícios por igual, nem que, em determinadas circunstâncias, tal se faça paulatinamente. Semelhante comentário se vê de Ignacio Villaverde Menéndez (*La inconstitucionalidad por omisión*. Madri: McGraw-Hill, 1997. p. 52) que, ao empregar o termo “omissões inconstitucionais relativas”, quer apontar aquelas situações onde o enunciado de uma lei vulnera o princípio da igualdade, ao excluir, sem qualquer razão justificável, um grupo determinado de pessoas do gozo de um benefício. Idem José Manuel Cardoso da Costa (*VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa, Relatório Geral, abril de 1987. Separata do suplemento do Boletim do Ministério da Justiça – documentação e direito comparado, p. 50). Na mesma direção, pode-se aqui consultar Gilmar Mendes (*Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 133) e Francisco Cavalcanti (*A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da Súmula nº 339 do STF*. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001. p. 152-153).

Desde logo, tenho por oportuno distinguir as decisões aditivas, a que se detém este escrito, daquelas denominadas substitutivas ou manipuladoras. Nestas a corte constitucional não se restringe a preencher uma omissão, mas sim modifica, de maneira explícita, o preceito impugnado, patrocinando, desde logo, a inserção na norma invalidada da única norma reputada constitucionalmente legítima, a qual, no entanto, não tinha nenhuma existência no sistema jurídico antes do pronunciamento jurisdicional.

A menção aos estudiosos do tema torna fácil a compreensão da dessemelhança. Augusto Cerri, com clareza, enfoca a distinção:

Ao lado da *decisão* aditiva, está a *substitutiva*: neste caso, a Corte não se limita a censurar uma omissão e, portanto, a estender (ou, se é preferido, sugere a extensão de) uma norma (ou de um princípio) que pré-existe, mas, antes disto, cria essa mesma o <<vácuo>> legislativo com uma decisão de acolhimento<sup>51</sup>.

Acentuando a sua pouca freqüência perante as aditivas, as sentenças substitutivas, no dizer de Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella: “São as decisões com as quais a Corte declara a ilegitimidade duma disposição legislativa “*na parte em que prevê X ao invés de Y*”. Com aquelas a Corte “substitui” uma locução da disposição, incompatível com a Constituição, com outra, constitucionalmente correta”<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> “Oltre la decisione additiva è quella sostitutiva: in questo caso, la Corte non si limita a censurare un’omissione e, dunque, ad estendere (o, se si preferisce, suggerire l’estensione di) una norma (o di un principio) che preesiste, ma, prima di ciò, crea essa medesima il <<vuoto>> legislativo con una decisione di accoglimento” (*Corso di giustizia costituzionale*. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 241).

<sup>52</sup> “Sono le decisioni con cui la Corte dichiara l’illegittimità di una disposizione legislativa. Con esse la Corte “sostituisce” una locuzione della disposizione, incompatibile con la Costituzione, con altra, costituzionalmente corretta” (*Diritto costituzionale*. 3. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 425). Alguns exemplos podem ser constatados em pronunciamentos da Corte Constitucional italiana, mais precisamente na: a) *Sentenza* 15, de 17 de fevereiro de 1969, onde se analisava o art. 313.3 do Código Penal que, ao tipificar o delito de desacato contra a Corte Constitucional, condicionava a persecução à prévia autorização do Ministro da Justiça, havendo-se entendido, sob pretexto de violação ao art. 134 da Constituição, a consagrar a independência e autonomia da Corte Constitucional, que a esta caberia a legitimidade para tal fim; b) *Sentenza* 110/1974, ao censurar norma atributiva de competência para o Ministro da Justiça revogar medida de segurança, pondo em seu lugar o juiz de vigilância, tendo em vista estar reservada à jurisdição, nos termos do art. 13 da Constituição, todas as competências em matéria de liberdade pessoal; c) *Sentenza* 353, de 27 de julho de 1994, na qual se entendeu que o art. 600.3 do Código de Processo Penal ítico, ao facultar ao Tribunal de apelação suspender a execução provisória de uma condenação ao pagamento de pena pecuniária “quando puderem derivar-se danos graves e irreparáveis”, por ofensa à razoabilidade, constante no art. 3º da Lei Maior, em face de conferir ao juiz do recurso um amplo espaço decisório, substituindo-se a dição legal pela expressão “quando concorram motivos graves”. O mesmo foi objeto de atenção pelo Conselho Constitucional francês na DC 86, de 26 de junho de 1986, mediante a qual o art. 4º da Lei de Habilitação ao Governo para acordar privatizações, por maltrato ao art. 38 da Constituição de 1958, que cuida da legislação delegada ao Governo, tendo-se alterado a norma que atribuía ao Governo competência para privatizar sem prazo pela atribuição de idêntica competência até 11 de março de 1991.

A não admissibilidade de tal prática, no solo pátrio, parece sinalizada na ADIN 1.822-4/DF<sup>53</sup>, destinada ao ataque da expressão “um terço” dos incisos I e II do §§2º a 4º, do art. 47 da Lei 9.504/97.

O Supremo Tribunal Federal reputou incabível a via eleita, anotando na respectiva ementa, quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97, que

a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.

Efetuada tal digressão, retorna-se ao exame das decisões aditivas.

Interessante, neste ponto, a referência à acolhida que essa prática vem recebendo nalguns tribunais constitucionais.

Principia-se pelo notável desenvolvimento encontrado na Itália. Num compulsar dos anais da Corte Constitucional, pode-se vislumbrar o contido na *Sentenza* 190, de 16 de dezembro de 1970<sup>54</sup>, a qual solucionou questionamento relacionado com o art. 304 bis do Código de Processo Penal de 1930 que, não obstante assegurar o direito do defensor a assistir perícias e exames domiciliares, manteve-se omissivo em reconhecer tal direito quanto ao interrogatório do acusado na fase de instrução, prevendo, ao invés, a presença do Ministério Público em tal ato.

A Corte, louvada no art. 24.2 da Constituição de 1947, assecuratório da inviolabilidade do direito de defesa em cada fase e grau dos processos judiciais, acolheu a ilegitimidade ativa do referido dispositivo legal no que concerne ao silêncio quanto à presença do defensor no interrogatório do réu, justamente porque este ato se refere à formação das provas na instrução.

Não esquecer que, muito embora parcela ponderável da motivação tenha gravitado em torno do direito de defesa, para demarcação da exata dimensão

---

<sup>53</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 10-12-99.

<sup>54</sup> Consoante Augusto Cerri (*Corso di giustizia costituzionale*. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 236), há precedentes mais remotos, sendo possível indicar como *leading case* a *Sentenza* 24/1957, seguida pelas *Sentenze* 168/1963 e 9/1964.

deste, a Corte se utilizou do princípio da igualdade, a informar reclamo de equilíbrio entre acusação e defesa na formação da prova durante a instrução<sup>55</sup>.

Já recentemente se tem a *Sentenza 78*, de 11 de março de 1993, onde foi resolvida questão de inconstitucionalidade acerca do art. 9º da *Legge 389/63* que, com vistas a regular a faculdade das mulheres, seguradas domésticas, em aderir a regime voluntário de contribuição previdenciária, não previu mecanismo de adequação dos valores das contribuições frente à inflação e ao índice do custo de vida.

Com base nos arts. 3º e 38.2, ambos da Lei Fundamental italiana, os quais, respectivamente, consagram a igualdade e o direito à previdência social,

<sup>55</sup> Extrato dos argumentos da Corte, lançados pelo relator, Juiz Bonifácio, bem exemplificam a importância do cânon da igualdade: “Uma vez ao Ministério Público ser admitido assistir a todos os atos da instrução (art. 303, c.p.p.), em consideração à função pública que exerce no processo penal, esta função seria menosprezada e àquela regra se poria uma irracional exceção caso se excluísse o seu poder de assistir ao interrogatório. De outra parte, a particular importância do interrogatório e as conseqüências que derivam da proibição de assisti-lo, feita ao defensor, convencem que, para a remoção desta proibição, é a solução mais idônea a de restabelecer, em relação ao interrogatório, o equilíbrio do contraditório entre Ministério Público e imputado, enquanto vai também considerado que, no particular, as mais recentes inovações legislativas concorrerem para demonstrar uma tendência evolutiva mediante a qual a presença do defensor no interrogatório melhor se harmoniza do que a exclusão do Ministério Público. Portanto, segundo os critérios já enunciados pela Corte na ordenança n. 100 de 1970, e coerentemente com os princípios gerais quanto aos quais resultou inspirado o vigente Código Processual, e ainda com o princípio da inviolabilidade do direito de defesa, garantido pelo art. 24, segundo inciso, da Constituição, deve-se concluir que a paridade entre acusação e defesa vem assegurada, no quadro da legislação vigente, através da declaração de parcial ilegitimidade não do art. 303, inciso primeiro, mas do art. 304 bis, primeiro inciso, do c.p.p.” (“Poichè il pubblico ministero è ammesso ad assistere a tutti gli atti di istruzione (art. 303 c.p.p.) in considerazione della funzione pubblica da esso esplicata nel processo penale, questa funzione sarebbe menomata ed a quella regola si porrebbe una irrazionale eccezione se si escludesse il suo potere di assistere all’interrogatorio. D’altronde la particolare importanza dell’interrogatorio e le conseguenze che derivano dal divieto di assistervi fatto al difensore convincono che proprio la rimozione di questo divieto è la soluzione più idonea a ristabilire, in relazione all’interrogatorio stesso, l’equilibrio del contraddittorio tra pubblico ministero e imputado, mentre va anche considerato che proprio le più recenti innovazioni legislative concorrono a dismonstrare una tendenza evolutiva con la qual ela presenza del difensore nell’interrogatorio meglio si armoniza che non l’esclusione del pubblico ministero. Pertanto, secondo i criteri già enunciati dalla Corte nell’ordinanza n. 100 del 1970, e in coerenza con i principi generali a cui risulta ispirato il vigente codice processuale e con il principio della inviolabilità del diritto di difesa garantito dall’art. 24 secondo comma, Cost., se ne deve concludere che la parità tra accusa e difesa va assicurata, nel quadro della legislazione vigente, attraverso la dichiarazione di parziale illegittimità non dell’art. 303, comma primo, ma dell’art. 304 bis, primo comma, c.p.p.” Disponível em: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Acesso: 12-12-2005).

entendeu-se pela inconstitucionalidade, tendo em vista a falta de meio que preservasse o *quantum* nominal das contribuições efetuadas por tais seguradas<sup>56</sup>.

Na *Sentenza* 220, de 08 de junho de 1994, agitou-se discussão sobre o art. 34.2 do Decreto Legislativo 511/46, relativo às garantias da magistratura e que, no particular do procedimento disciplinar ante o Conselho Superior da Magistratura, previa a possibilidade da defesa ser apresentada pelo indiciado ou por outro magistrado.

Compreendeu-se que, na hipótese do indiciado optar por ser defendido por outro magistrado, a norma fora omissa em nada estabelecer quando nenhum juiz aceitasse o encargo. Por isso, a eficácia do art. 24 da Constituição fez com que a Corte, declarando inconstitucional referido dispositivo, tivesse como resultado a designação, pelo Conselho Superior da Magistratura, de um magistrado para atuar como defensor de ofício.

Na Espanha, o fenômeno também está presente. Observando-se a *Sentencia* 103, de 22 de novembro de 1983, decorrente de questão de inconstitucionalidade suscitada pela Magistratura do Trabalho de Madri, relacionada ao direito de pensão postulado por pessoa do sexo masculino em virtude do falecimento de sua esposa.

A lide decorrerá da circunstância do art. 160.2 da Lei Geral de Seguridade Social, acrescentar, para a percepção do benefício pelo viúvo, que este se

<sup>56</sup> Interessante a transcrição da conclusão a que aportou a Corte Constitucional: “A ausência de um mecanismo de revalorização das contribuições, vertidas para a “mutualidade pensões”, em favor das seguradas domésticas, não somente discrimina, injusticadamente, tal forma assegurativa, relativa ao seguro facultativo para invalidez e a velhice – que tem idêntica estrutura técnica dos seguros assimiláveis ao setor privado – mas comporta, irracionalmente, que as seguradas domésticas que passaram do seguro facultativo à “mutualidade pensões” estejam privadas do benefício da revalorização das contribuições, da qual teriam fruído conservando a inscrição na primeira. Portanto, é ilegítimo constitucionalmente – por contraste com o art. 3º da Constituição (independentemente do também invocado art. 38 da Constituição) – o art. 9º da Lei n. 389, de 05 de março de 1963 (instituição da “mutualidade pensões” em favor das seguradas domésticas), na parte na qual não prevê um mecanismo de adequação do importe nominal das contribuições versadas”. ( L’assenza di un meccanismo di rivalutazione monetaria dei contributi versati nella “mutualità pensioni” a favore delle casalinghe, non solo discrimina ingiustificatamente tale forma assicurativa rispetto all’assicurazione facoltativa per l’invalità e la vecchiaia – avente idêntica struttura tecnica e, al pari dell’altra, assimilabile alle assicurazioni del settore privato – ma comporta altresì, irrazionalmente, che le casalinghe passate dall’assicurazione facoltativa allà “mutualità pensioni” siano private del beneficio della rivalutazione dei contributi, del quale avrebbero fruito conservando l’iscrizione nella prima. Pertanto, è illegittimo costituzionalmente – per contrasto con l’art. 3 Cost. (independentemente dal pur anche invocato art. 38 Cost.) – l’art. 9, l. 5 marzo 1963, n. 389 (Istituzione della “mutualità pensioni” a favore delle casalinghe), nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento dell’importo nominale dei contributi versati”. Rel. Juiz Mengoni. Disponível em: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Acesso: 12-12-2005).

encontrasse, à época do falecimento, incapacitado para o trabalho, requisito não exigível para a viúva.

O Tribunal Constitucional reputou a existência de discriminação injustificada e, portanto, ofensiva ao princípio da igualdade que o direito dos viúvos à pensão sofra maiores limitações do que o das viúvas, assegurando àqueles o gozo de tal prestação nas mesmas condições.

A igualdade, prescrita pelo art. 14 da Constituição de 1978, serviu de estuque também a *Sentencia* 116, de 09 de julho de 1987, oriunda de questão de inconstitucionalidade suscitada pelo Contencioso-Administrativo da Audiência Territorial de Madri em face da *Ley* 37/1984.

Os fatos foram protagonizados por dezenove militares republicanos que deduziram perante o Ministério da Economia e Fazenda pleito, a fim de serem reformados, vindo a lume denegação, porquanto, pela *Ley* 37/1987, tal somente era cabível para os militares que tivessem ingressado nas Forças Armadas ao serviço da República, com a obtenção da graduação de suboficial, até 18 de julho de 1936, o que não cumpriam os requerentes, posto terem sido incorporados posteriormente.

O Tribunal, vislumbrando discriminação contrária ao princípio da igualdade, em virtude do critério meramente cronológico não ser suficiente para justificar o tratamento não paritário, adicionou aqueles que ingressaram depois de 18 de julho de 1936 como sujeitos do direito a obter a situação de reformados<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> A referência à isonomia como bússola, decorrente do fato de que, quanto aos civis anistiados, a legislação dispensou qualquer menção a tempo, é bem esgrimida na ementa do julgado: “1. Como regra geral, os valores superiores do ordenamento e os princípios constitucionais podem bastar para promover recursos ou propor questões de inconstitucionalidade. 2. A legislação de anistia, ainda que responda, em seu conjunto, a um valor superior de justiça, acha-se submetida ao princípio da igualdade (SSTC 28/1982 e 63/1983). 3. Uma vez que o legislador aplicara o critério do profissionalismo aos funcionários civis da República, para torná-los credores na plenitude dos direitos reconhecidos pela legislação de anistia, sem atender ao momento de sua incorporação à Administração, ou, o que é igual, sem referência alguma a se dita incorporação se produziu antes ou depois do começo da guerra civil, o princípio da igualdade obriga à aplicação de idêntico critério aos funcionários militares profissionais, qualquer que tenha sido a data – anterior ou posterior a 18 de julho de 1936 – de suas nomeações ou da consolidação de seus empregos com caráter definitivo”. (“1. Como regla general, los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad. 2. Una vez que el legislador ha aplicado el criterio de la profesionalidad a los funcionarios civiles de la República, para hacerles acredores a la plenitud de los derechos reconocidos por la legislación de amnistía, sin atender al momento de su incorporación a la Administración, o, lo que es igual, sin referencia alguna a si dicha incorporación se produjo antes o después del comienzo de la guerra civil, el principio de igualdad obliga a la aplicación de idéntico criterio a los funcionarios militares profesionales, cualquiera que haya sido la fecha – anterior o posterior al 18 de julio de 1936 – de sus nombramientos de la consolidación de sus empleos con carácter definitivo”. Pleno, Questão de Inconstitucionalidade, rel. D. Jesús Leguina Villa, publicação no BOE, edição de 29-07-87. Disponível em: [www.boe.es](http://www.boe.es). Acesso: 01-12-2005).

Mais uma vez a igualdade de trato jurídico ensejou decisão aditiva na *Sentencia 222*, de 11 de dezembro de 1992. Versava acerca de questão de inconstitucionalidade, oposta por juízo de primeiro grau frente ao art. 58 da Lei de Arrendamentos Urbanos que, ao prever a sub-rogação em favor do cônjuge, não contemplava as uniões concubinárias, mas tão-só as matrimoniais.

Em conseqüência, reconheceu-se a inconstitucionalidade, com a adição da sub-rogação em prol do sobrevivente que resultasse de união diversa do matrimônio civil<sup>58</sup>.

Com o propósito de encerrar o levantamento, note-se que ao fenômeno também não restou estranho o Tribunal Constitucional português, conforme se pode notar, no conjunto de diversas manifestações, do Acórdão n.º. 545/99, proferido pela sua 2ª Seção<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> A ementa do julgado foi bastante extensa. Para uma clara visão do aspecto decisivo com que se houve a igualdade, de conferir-se os seus itens 12 e 13: “12. Os condicionamentos e limites que, em virtude do princípio da igualdade, pesam sobre o legislador, resumem-se numa tríplex exigência, pois as diferenças normativas terão de mostrar, em primeiro lugar, um fim discernível e legítimo, terão que se articular, ademais, em termos não inconsistentes com tal finalidade e deverão, por último, não incorrer em desproporções manifestas à hora de atribuir aos diferentes grupos e categorias direitos, obrigações, ou quaisquer outras situações jurídicas subjetivas (F.J. 6). 13. A união de carácter matrimonial proporciona a terceiros uma certeza jurídica nada irrelevante quando se trata do exercício de direitos frente a particulares, certeza, no caso da união <<more uxório>>, carente, por definição, de toda formalidade jurídica, mas esta consideração não dá razão bastante para a diferenciação que julgamos. A mera procura de uma maior certeza jurídica não pode levar a contrariar os imperativos da igualdade (art. 14 C.E.) e já se disse que a família é, para a Constituição, objeto de proteção em si mesma, e que a norma que assim quer não pode ser, por isso, reduzida a um mero expediente para a indireta proteção do matrimônio. Tampouco cabe olvidar, enfim, que a sub-rogação, arrendatícia que consideramos é uma das possíveis modalidades de realização do princípio rector, segundo o qual <<todos os espanhóis têm direito a desfrutar de uma morada digna e adequada>> (art. 47 C.E.) (F.J. 6)”. (12. Los condicionamientos y limites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas (F.J. 6). La unión de carácter matrimonial proporciona a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata, certeza en el caso de la unión <<more uxório>>, carente, por definición, de toda formalidad jurídica, pero esta consideración no da razón bastante para la diferenciación que enjuiciamos. La mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 C.E.) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en si misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio. Tampouco cabe olvidar, en fin, que la subrogación arrendatícia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual <<todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada>> (art. 47 C.E.) (F.J. 6)”. Pleno, Questão de Inconstitucionalidade, rel. D. Vicente Gimeno Sendra, publicação no BOE, edição de 19-01-93. Disponível em: [www.boe.es](http://www.boe.es). Acesso: 01-12-2005).

<sup>59</sup> A experiência vivenciada pelos irmãos lusitanos é bem mais antiga. O primeiro precedente, a bem da verdade, recua ao Acórdão n.º 95/78, proferido pela Comissão Constitucional, ao reputar inconstitucional o estabelecimento da idade para o matrimônio para o sexo feminino inferior ao daquela do sexo masculino.

O litígio decorreu de recurso interposto de decisão do Supremo Tribunal Administrativo, ao ratificar a improcedência de pleito individual que considerou, para fins da subvenção mensal devida aos titulares de cargos políticos, apenas o período de exercício do recorrente de 11 anos, desconsiderando, assim, o tempo em que este desempenhara o múnus de Secretário Adjunto do Governo de Macau.

O motivo para tanto estava em que tal cargo não fora objeto de menção pelo art. 24º, nº.1º, da Lei 4/85.

Com estuque na igualdade na lei, o Tribunal julgou inconstitucional referido preceito enquanto não considerara, para contagem do respectivo tempo de serviço, o exercício das funções de Secretário Adjunto do Governo de Macau, reformulando-se a decisão recorrida, com o deferimento do pedido<sup>60</sup>.

Quanto ao experimento alemão, cuja descrição com maior detença fica omitida, é possível verificar-se sinalização afirmativa.

De fato, reporta-se Ignacio Villaverde Menéndez (*La inconstitucionalidad por omisión*. Madri: McGraw-Hill, 1997, p. 54-55) a que o Tribunal Constitucional, revendo o sustentado em anterior queixa constitucional (E 1, 97), deliberou em feito (E 6, 257) onde o recorrente impugnava Lei de 1951 que, para os fins de regulamentar o benefício previsto no art. 131 (situação jurídica dos antigos funcionários do serviço público), não incluía no conceito de serviço

<sup>60</sup> Na ocasião, asseverou a relatora, Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza: “Já se decidiu, porém, neste Tribunal que violava o princípio da igualdade a não inclusão no nº 1 do artigo 24º da Lei nº 4/85 do cargo de Governador de Macau, no acórdão nº. 457/99 atrás citado. As razões aí enunciadas valem plenamente para o cargo de Secretário Adjunto do Governo de Macau. Transpondo a solução ali adoptada, o princípio da igualdade impõe que o tempo de exercício do cargo de Secretário Adjunto do Governo de Macau seja tido em conta, quer para a aquisição do direito ao pagamento da subvenção, quer para a determinação do respectivo montante, em termos idênticos aos do cargo a que se encontra equiparado. Com efeito, e para além das razões indicadas naquele acórdão, que aqui se adotam, a verdade é que as razões substanciais que justificam a atribuição da subvenção mensal vitalícia se verificam da mesma forma, quer para os cargos expressamente previstos no artigo 24º, quer para o exercício de funções no Governo de Macau. A identidade material das funções exercidas entre os membros do Governo de Macau e os do Governo da República; o interesse público em, por um lado, compensar o esforço dedicado ao exercício dessas funções com eventual prejuízo da actividade anteriormente desenvolvida e necessariamente interrompida e, por outro, afastar a consideração desse eventual prejuízo dos motivos que podem levar a aceitar ou não desempenhá-las; e, acima de tudo, a independência que se pretende no seu exercício são objectivamente as mesmas”. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Acesso em: 01-12-2005. Como a própria decisão deixa entrever, há precedente no Acórdão 220/94, relativo a idêntico pleito formulado por ex-Governador de Macau. Outros exemplos no Acórdão nº 272/99 (3ª Secção, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) e também no Acórdão nº 231/94 (Plenário, rel. Cons. António Vitorino), este último proferido em sede de fiscalização abstrata.

público a instituição onde prestara serviços até 1944 (Cruz Vermelha), sendo possível o controle de tal omissão legislativa, com o deferimento da vantagem aos destinatários excluídos.

No caso concreto, o pedido não fora concedido à luz de que referida instituição não pode ser considerada corporação de direito público, não havendo, assim, atentado ao art. 3º da Constituição, relativo à garantia de igualdade jurídica.

## **5. SENTENÇAS ADITIVAS: ÓBICES, LIMITES E EFICÁCIA.**

Feita a exemplificação dessa modalidade de deliberações na praxe de algumas cortes constitucionais, impossível desprezar o exame dos óbices que lhe são apontados pela doutrina, juntamente com a preocupação em torno dos seus limites e efeitos.

No que concerne aos empecilhos apostos às decisões aditivas, ressalte-se que o principal deles pode ser sintetizado através duma inadmissível invasão do campo destinado ao atuar do legislador.

Secundando tal estorvo, mas acrescentando outro, inerente à intromissão na esfera reservada aos juízes ordinários, Zagrebelsky remata:

Em suma, não parece possível sair deste dilema: se a norma está presente no sistema, compete aos juízes (todos os juízes) extraí-la; caso não exista, compete ao legislador (somente ao legislador) estabelecê-la. Intervindo, ao invés, a corte constitucional, no primeiro caso, viola a esfera de competência dos juízes; no segundo caso, a do legislador<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Insomma, non sembra possibile uscire da questo dilemma: se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) ricavarla; se non c'è, spetta al legislatore (solo al legislatore) stabilirla. Intervenedo invece la corte costituzionale, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore”(*La giustizia costituzionale*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1977, p. 161). Em obra escrita quinze anos depois, no ano de 1992 (*El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 152-153), o autor reafirmou seu pensamento, admoestando que num risco de exercício alternativo do direito incorre a Corte Constitucional quando pretende decidir as questões de inconstitucionalidade sem limitar-se à eliminação da norma impugnada, mas, diferentemente, estabelecendo, a partir da Constituição, a regra correta, o que debilita as atribuições do legislador e o caráter político da função deste, reduzindo suas leis a tímidas propostas facultativas.

Quanto à possível usurpação da função legislativa – que, diga-se de passagem, até bem pouco não vem encontrando maiores resistências do Parlamento<sup>62</sup> –, a doutrina engendrou dualidade de argumentos que tornam tal alegação com viabilidade apenas aparente.

Na esteira de Crisafulli<sup>63</sup>, em obra elaborada conjuntamente com Livio Paladin, a Corte Constitucional, mediante as sentenças aditivas, não cria livremente norma jurídica, como o faz o legislador, limitando-se a individuar aquela que, presente no ordenamento, ou suscetível de extração dos princípios constitucionais, é capaz de preencher o vazio que deriva da omissão reconhecida pela decisão.

A essa percepção se apresentam favoráveis Franco Modugno & Paolo Carnevale<sup>64</sup> e Leopoldo Elia<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Essa informação nos é fornecida por Leopoldo Elia (*Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985, p. 314-318), ao fazer referência ao funcionamento dos comitês de estudo para o exame dos problemas institucionais, constituídos na Câmara e no Senado, em 1982. Enfocando a atividade de ditos órgãos no período de 1982 a 1984, rico em deliberações parlamentares, não se notou, na Câmara, crítica a propósito das sentenças criativas, salvo as posições dos Deputados Pazzaglia (MSI) e Bozzi (PLI), que não recebeu adesão dos expoentes dos demais partidos. Pelo contrário, a presidência do comitê, ocupada pelo Deputado Roland Riz, em seu relatório, realçava o posto de singular relevo da Corte Constitucional, com o reconhecimento favorável à sua atuação na centralização do controle da constitucionalidade das leis, atribuindo à evolução de sua atividade, relacionada à tipologia das sentenças interpretativas, a uma lentidão da resposta dos órgãos legislativos em reparar os atos que editam. No comitê senatorial, raros foram os acenos em desfavor da Corte Constitucional. Não obstante, adveio documento apresentado pela Senadora Branca, da esquerda independente, propondo reformas à instituição, acompanhado de forte libelo à função aditiva por aquela assumida. Interessante se faz a leitura de passagem de dita manifestação: “Dever-se-iam proibir as sentenças aditivas: elas criam normas novas e, por isto, são expressão de um poder normativo que à Corte não compete, porque nem a Constituição nem outro lho deu. Então, se, por ex., a lei atribui uma vantagem a uma categoria de pessoas, negando-a a outra categoria, a Corte constitucional, quando se convença que isto contrasta com o princípio da igualdade, deverá, nem mais nem menos, anular a lei: com a consequência de tolher a vantagem àquela categoria, sem danos para o Estado, ao invés de estendê-la, com uma sentença aditiva, às outras categorias”. (“Si dovrebbero vietare le sentenze additive: esse creano norme nuove e perciò sono espressione di un potere normativo che allà Corte non spetta perché né la Costituzione né altro glielo danno. Dunque, se per es. la legge attribuisce un vantaggio a una categoria de persone e lo nega ad altre categorie, la Corte costituzionale, quando si convinca che ciò contrasti col principio di eguaglianza, dovrà né più né meno annullare la legge: colla conseguenza di togliere il vantaggio a quella categoria senza danni per lo Stato invece di estenderlo, con una sentenza c.d. additiva, alle altre categorie”. *Loc. cit.*, p. 316). Em sua conclusão, a parlamentar reputa inacreditável a postura tolerante do Parlamento frente a tal desvio de poder.

<sup>63</sup> *Comentário breve alla Costituzione*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990. p. 802.

<sup>64</sup> *Sentenze additive, <<soluzione costituzionalmente obbligata>> e declaratória di inammissibilità per mancata indicazione del <<verso>> della richiesta addizione. In: Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXV, p.522. 1990).

<sup>65</sup> *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985. p. 303.

Por isso, não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas decisões em exame, além de efeito indireto da declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela.

Perfilha o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória, ou, para utilizar expressão cunhada para tanto, decide-se *a rime obbligate*.

Noutro passo, viceja raciocínio, com prestígio doutrinário<sup>66</sup>, segundo o qual o objeto principal da sentença aditiva apenas ilusoriamente seria uma omissão legislativa parcial. Diversamente, constitui uma norma vivente a patrocinar exclusão não consentida constitucionalmente.

Daí que o perfil supressivo, assimilável ao legislador negativo, teria a serventia de contribuir para afastar a censura de apoderamento da função legislativa.

A crítica também se ampara na imputação de que aos juízes faltaria indispensável lastro democrático, para o fim de promover alterações, pela via da interpretação, aos ditames originais do legislador.

O obstáculo, que reconduz ao dilema da legitimidade da jurisdição constitucional, não mais convence.

Cappelletti<sup>67</sup>, com base em cinco sólidas razões, demonstra a necessária legitimidade que usufrui, na atualidade, a jurisdição constitucional, acompanhada da capacidade criadora dos seus integrantes. Isto porque: a) se acha dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não se pode

---

<sup>66</sup> Cf. Andréa Pugiotto *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXVII, p. 3.674-3679, set./out. 1992). À página 3.675, mais precisamente no rodapé 11, tem-se que, à época da Sentenza 190/1970, dessa compreensão partilhou a então Presidente, Juíza Branca, ao sustentar: “Quanto, afinal, à norma que tínhamos anulado, a qual não estava materialmente escrita no código, mas existia (tanto é verdadeiro que o advogado não tinha direito de ingresso no interrogatório); por isto, tínhamos podido suprimi-la, não diversamente caso a lei tivesse dito igualmente “ao interrogatório não pode assistir o advogado”. (“Quanto, poi, allá norma che abbiamo annullato, essa non era materialmente scritta nel código, ma esisteva (tanto è vero che l’avvocato non aveva diritto di ingresso nell’interrogatório); perciò abbiamo potuto sopprimerla non diversamente che se la legge avesse detto pari pari “all’interrogatório non può assistire l’avvocato”).

<sup>67</sup> Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 622-633.

negar o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiossincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade; c) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) seja pela possibilidade de seleção dos juízes dentre as diversas camadas da população, seja pelas facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, a jurisdição constitui, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e máquina burocrática distantes; e) considerando-se que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura onde os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a idéia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância.

Esses argumentos, cuja dissecação se dispensa, por não se comportar nos lindes deste trabalho, espancam qualquer dúvida quanto a ser legítimo ao juiz constitucional, tanto no sistema difuso quanto no concentrado, assumir, no exame de eventuais contrastes entre a Constituição e os atos estatais, uma postura ativa, dinâmica e criadora, objetivando, assim, garantir um adequado controle do poder frente ao arbítrio.

À derradeira, impende acrescentar, em face da ainda constante invocação do juiz constitucional como mero legislador negativo, duas observações. A primeira delas reside em que Kelsen, ao moldar sua teorização acerca do tribunal constitucional na década de 1920, não previu – nem poderia fazê-lo – todas as nuances do desenvolvimento a ser alcançado pela atividade daquele, de sorte a não ser de todo indevido afirmar que, nalgumas de suas manifestações, haveria que emergir também decisões de caráter normativo.

Em segundo lugar, calha advertir a forte hostilidade existente na Europa, durante o interregno entre as duas grandes conflagrações mundiais, à implantação da jurisdição constitucional, mesmo com funções eminentemente de legislador negativo.

Lastreando a forte tendência dum autoritarismo de direita, que iria embevecer a Europa Ocidental nessa época, a instituição dos tribunais constitucionais encontrava, sob o plano teórico, forte resistência em Carl Schmitt<sup>68</sup>. Com arri-

---

<sup>68</sup> Cf. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Vega).

mo em que a essência da Constituição residiria em contrato firmado entre o Governo e a representação nacional, aquele chegara a propor que a defesa daquela caberia ao Presidente do Reich, o qual reunia os atributos de neutralidade e independência perante os partidos políticos. Revivia a teoria do *pouvoir neutre* de Constant e que inspirara a Constituição francesa de 1814.

E não é só. Para Schmitt tal alcançava amparo junto ao princípio democrático<sup>69</sup>.

Uma convincente amostra do clima não propício ao triunfo da jurisdição constitucional pode ser exemplificada pelos trabalhos preparatórios da Constituição espanhola de 1931 que, para orgulho dos juristas ibéricos, teve como ponto de relevo a criação do Tribunal de Garantias Constitucionais, malgrado a sua efêmera vigência.

Da retrospectiva exposta por Juan Manuel López Ulla<sup>70</sup> é possível notar, dentre os constituintes, várias posições contrastantes com a do mestre austríaco, a saber: a) a repulsa do modelo concentrado da constitucionalidade das leis, caracterizado pela expulsão da norma do sistema, o qual significava pôr o tribunal constitucional acima do Parlamento, sendo admissível apenas a inaplicação, pelos organismos judiciais, das leis que não se adaptassem à Constituição (Royo Villanova); b) o perigo, em detrimento do funcionamento das instituições democráticas, a ser derivado duma excessiva atividade controladora dos juízes (Elo-la); c) a oposição ao controle difuso da constitucionalidade, nos moldes dos

<sup>69</sup> Para fins ilustrativos, revela-se com interesse a transcrição de aporte conclusivo do autor: “Que o Presidente do Reich seja o protetor da Constituição também corresponde, entretanto, ao princípio democrático sobre o qual descansa a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito por todo o povo alemão, e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos (particularmente a de dissolver o Reichstag e a de promover um plebiscito) são, por natureza, uma <<apelação ao povo>>. Formando o Presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e atribuições tanto plebiscitárias como neutralizadoras em face da política de partidos, a vigente Constituição do Reich trata de criar, partindo de princípios precisamente democráticos, um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder e garantir a unidade do povo como conjunto político”. (Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una <<apelación al pueblo>>. Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político” (*La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998, p. 250. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Vega).

<sup>70</sup> Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes. Madri: Tecnos, 199, p. 64-73. Prólogo: López Guerra.

Estados Unidos da América, em virtude da desconfiança na pessoa dos juízes, seja pelo seu conservadorismo ideológico, seja pela sua atitude complacente durante a ditadura de Primo Rivera (Salazar Alonso, Fernández Clérigo, Quintana Leon e Barriobero e Madariaga Rojo); d) a instituição, ao invés do Tribunal de Garantias Constitucionais, de um controle prévio da constitucionalidade, a cargo de um órgão político, a ser denominado de Conselho da República (Xirau e Franco).

Num ambiente de certa maneira adverso como esse, não poderia Kelsen nem cogitar de qualquer atividade criativa pelo tribunal constitucional, apresentando-se compulsório o encerro deste nos confins do que se denominou de legislador negativo, postura que, naquele instante, já se afigurava um tanto herética. Fazia-se prioritário, na ocasião, a afirmação da jurisdição constitucional como controle do poder estatal, sem contar que uma investida precipitada numa maior elasticidade das funções daquela poria em risco o meritório intento.

Isso, todavia, não teve o condão de impedir um maior desenvolvimento da missão das cortes constitucionais, levado a cabo com o propósito de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais.

Visto não se mostrarem suficientes os estorvos às decisões aditivas, oriundos de uma visível intromissão na função legislativa, também não calha falar-se que, em assim agindo, estaria a Corte Constitucional penetrando em terreno exclusivo aos juízes ordinários.

O argumento, lembrado há pouco através do escólio de Zagrebelsky, e que possuiria sentido apenas quanto aos sistemas jurídicos que distinguem com nitidez Tribunal Constitucional e Judiciário, nem mesmo assim seduz.

Quando se diz, nesses sistemas, que aos juízes e tribunais ordinários tocam, na sua atividade de composição de litígios, enveredar pela técnica da interpretação conforme a Constituição<sup>71</sup>, apenas se almeja dizer que aqueles não carecem, mesmo diante da existência de um tribunal constitucional, de qualquer competência nessa matéria. Isso deriva da incontestável realidade da Lei Fundamental, na sua superioridade, ser tida como elemento de coordenação e integração de todo o ordenamento jurídico.

Mas daí não constitui o mais correto rematar que o Tribunal Constitucional esteja interditado em fazer uso da técnica da interpretação conforme. Absolutamente. Àquele, na qualidade de juiz constitucional em sentido estrito, em contraposição aos juízes constitucionais em sentido amplo, não está excluído de conservar um determinado ato normativo unicamente numa exegese em que se amolda com o prescrito pela Lei Maior.

---

<sup>71</sup> Na Espanha, essa atribuição dos juízes e tribunais ordinários consta do art. 5º da Lei Orgânica do Poder Judicial.

Essa distinção entre as categorias de juízes constitucionais, cuja formulação é encontrada em Pablo Pérez Tremps<sup>72</sup>, mostra, como este chega a afirmar, que a criação de uma jurisdição constitucional *ad hoc* não supõe uma dualidade impermeável do ordenamento. Daí não ser possível afastar o juiz constitucional em sentido estrito, na condição de guardião-mor da Constituição, de interpretar, de acordo com as diretrizes traçadas por esta, os atos estatais que lhe estão em patamar inferior.

Discutidos esses pontos de crítica, mister notar que a admissibilidade das sentenças aditivas encontra imprescindíveis limites.

Emergem, de logo, as situações onde se apresenta a exigibilidade de monopólio de atuação do Legislativo, como se tem em matéria penal quando haja possibilidade de agravamento da posição do imputado, em virtude da influência do princípio da legalidade na definição de crimes e cominação de penas.

Também em atenção à reserva legal, é de estender-se a restrição à seara tributária, em face de, grosso modo, a criação e majoração de tributos somente poder resultar de lei que expresse o consentimento dos governados quanto à sua imposição.

Outro limite reside nas decisões que, estendendo benefícios antes restritos a determinados administrados, implica criação de despesas a serem cobertas com respaldo orçamentário.

Na Itália, tal gerou acerbo debate, *ex vi* do art. 81 da Constituição de 1947<sup>73</sup>, e principalmente porque a Corte Constitucional não chegara a descartar, de modo absoluto, tais decisões, consoante Augusto Cerri, surgindo, ainda nas trilhas das informações deste, variadas tendências na doutrina<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 190-192. Prólogo: Jorge de Esteban.

<sup>73</sup> Tal preceito disciplina a aprovação, a cargo das Câmaras, do orçamento, a qual se dá mediante lei.

<sup>74</sup> Às páginas 239-240 do seu *Corso di giustizia costituzionale*, agrupam-se as orientações seguintes: a) favorável à sua definitiva exclusão, por não respeitar o princípio da cobertura financeira (Caianeillo); b) não se atribuir o surgimento de novas despesas ao pronunciamento da Corte Constitucional, mas aos vícios do sistema legislativo (Donati); c) criação de um item do orçamento destinado ao custeio das despesas advindas com as decisões aditivas (Crisafulli); d) cobertura automática dessas decisões através da repartição entre os velhos e novos beneficiários dos fundos para tanto destinados (Grosso); e) prolação de sentença de incompatibilidade sem efeitos imediatos (Zagrebelsky). Provocadora de ácida polêmica foi a *Sentenza* 219/1975 que estendeu, em favor dos professores universitários, o tratamento econômico dispensado aos funcionários da carreira diretiva, de maneira que a Comissão de Negócios Constitucionais da Câmara dos Deputados, através do Boletim de 15 de outubro de 1975, sugerira ao Governo o repúdio à sua condição vinculativa, com base no agravo dos ônus orçamentários que a Corte Constitucional, com sua intervenção quase-legislativa, não poderia determinar.

A resolução do impasse adveio com a formulação das decisões aditivas de princípio, consistente na circunstância de que a declaração de parcial ilegitimidade das normas impugnadas vem acompanhada da imposição de novas medidas, tidas como constitucionalmente imprescindíveis, e confiadas à intervenção do legislador, o qual deve atuar para legar concreção às indicações da Corte Constitucional<sup>75</sup>.

Outro ponto a ser observado condiz com os efeitos a serem legados às adições construídas pelo juiz constitucional. Não há uma regra absoluta, antes sofrendo a questão as oscilações inerentes aos diversos sistemas jurídicos que adotam a praxe.

<sup>75</sup> Uma abordagem densa das sentenças aditivas de princípio foi ultimada por Gian Paolo Dolso (Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XLIV, p. 4109-4165, nov./dez. 1999). Neste escrito são referenciados muitos exemplos. Um dos precedentes inaugurais consistiu na *Sentenza* 497/1988, através da qual se declarou ilegítima previsão de indenização, relacionada com desocupação forçada, na parte em que não se previa um mecanismo de atualização monetária. A particularidade da deliberação estava no seguinte: não podendo mais a parte tida como inconstitucional encontrar aplicação, a individualização da norma a reger o caso concreto restava confiada, até posterior atuação do legislador, ao juiz. O mesmo praticamente veio a suceder-se com a *Sentenza* 307/1990, onde atacada regra que, em sede de campanha de vacinação anti-poliomielite, não previa uma indenização equitativa fora das hipóteses do art. 2.043 do Código Civil de 1942. Assegurou-se compensação equitativa mesmo fora das hipóteses legais, atribuindo-se ao juiz sua quantificação em concreto até que interviesse o Legislativo. O trato da matéria veio a sofrer sensível mudança a partir da *Sentenza* 243/1993, responsável pela declaração de inconstitucionalidade da norma que não previa o cômputo da indenização integrativa especial para os servidores públicos, para fins do cálculo do T.F.R., a exemplo do praticado com os empregados da iniciativa privada. Apesar do reconhecimento da necessidade do acolhimento do pedido, a Corte entendeu competir necessariamente ao legislador a predisposição do mecanismo idôneo a realizar o equilíbrio reclamado constitucionalmente. Posteriormente, chamou a atenção a *Sentenza* 309/1999, originada de questão de inconstitucionalidade, submetida pelo Pretor de Veneza, onde se discutia sobre a aplicação da *Legge* 833/1978, que limita a assistência à saúde aos cidadãos italianos que se achem no exterior por motivos de estudo ou trabalho, em prol de italiana que fora forçada, nos Estados Unidos, a arcar com vultoso custo terapêutico de urgência. A Corte, embora afirmando que o princípio insculpido no art. 32 da Constituição garante a cura gratuita do cidadão carente de recursos econômicos no exterior, susteve ser da alçada do legislador a identificação dos tipos de patologias em razão das quais o indigente, que se encontre no exterior, faça jus a tal direito. Esta sistemática – advirta-se – na forma que vem sendo ultimamente posta em prática, é capaz de inserir a Corte numa situação assaz difícil quanto à efetividade de suas decisões caso se venha a ocorrer uma contínua e demorada inércia legislativa. Postura semelhante à versão inicial das aditivas de princípio teve lugar aqui quanto ao mandado de injunção, conforme se pode ver do MI 283-5/400-DF (Pleno, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14-11-91), relativo à compensação pecuniária prevista no art. 8º, §3º, do ADCT, tendo se deliberado pela notificação ao Congresso Nacional da mora legislativa, com a assinatura de prazo para saná-la, consistente no processo legislativo de urgência, acrescido de 15 dias úteis, destinados à sanção presidencial. Expirado *in albis* tal lapso, poderiam os impetrantes ajuizar, no juízo competente, a ação destinada ao gozo do direito. Sobrevindo lei sobre o assunto, esta poderia ser aplicada retroativamente caso estipulasse condições mais favoráveis.

Investigando-se a realidade italiana, pode-se observar uma fuga em atenção ao rigorismo do art. 136.1 da Constituição de 1947<sup>76</sup>, ao prescrever, nas decisões de acolhimento, a cessação da eficácia da norma a contar do dia seguinte à correspondente publicação.

Como bem delinea Andréa Pugiotto<sup>77</sup>, forte na teoria do *diritto vivente*, necessário distinguir-se entre a parte em que se reconhece uma inconstitucionalidade, em face duma exclusão incompatível com o princípio da igualdade ou outro postulado magno, daquela aditiva propriamente dita. Somente no primeiro caso, no qual se tem o reconhecimento duma violação à Constituição, é que há que se falar de efeitos *erga omnes*, enquanto que, no concernente ao acréscimo proposto pela Corte Constitucional, a sua validade se dá apenas como proposta hermenêutica, de caráter persuasivo, a ser submetida à apreciação dos juízes e tribunais ordinários. Trata-se, nesta hipótese, de algo igual a decisão de rejeição da arguição de inconstitucionalidade (*sentenza di rigetto*).

A despeito de dissonância com o prevalecente nestas plagas, como se anotará adiante, o entendimento – frise-se – mereceu o beneplácito da própria Corte Constitucional<sup>78</sup>.

Na Espanha, prepondera o regramento do art. 164 da Constituição de 1978. Desse modo, não se limitando à estimação de um direito subjetivo, a

---

<sup>76</sup> O dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 136. Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional duma norma de lei, ou de ato que tenha força de lei, a norma cessa de ter eficácia desde o dia seguinte à publicação da decisão”. (Art. 136. Quando la Corte dichiara l’`illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, a norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo allá pubblicazione della decisione”. Disponível em: [www.constitution.org](http://www.constitution.org). Acesso em 31-01-2002).

<sup>77</sup> Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, Dott. Antonio Giuffrè, ano XXXVII, p. 3.680-3.681, set./out. 1992.

<sup>78</sup> Essa idéia resulta clara da *Sentenza* 295/1991, em cujo texto se infere: “A declaração de ilegitimidade constitucional duma omissão legislativa – como é aquela reconhecida na hipótese de falta de previsão, por parte da norma de lei reguladora de um direito constitucionalmente garantido, de um mecanismo idóneo a assegurar-lhe a efetividade – enquanto deixa ao legislador sua inegável competência de introduzir e disciplinar, inclusive retroativamente, tal mecanismo em sede de normatividade abstrata, fornece aquela um princípio com o qual o juiz comum está habilitado a fazer referência para pôr remédio à omissão em direção à individualização da regra do caso concreto”. (La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa – com’è quella ravvisata nell’ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idóneo ad assicurarne la effettività – mentre lascia al legislatore, nella sua innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a far riferimento per porre frattanto rimedio all’omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”. *Juízo de Ilegitimidade Constitucional em Via Incidental*. Rel. Juiz Corosanti. Disponível em [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Acesso em 19-12-2005). Em feito da mesma natureza, a orientação se repetiu com a *Sentenza* 421/1991, rel. Juiz Mengoni.

decisão terá efeitos contra todos, o que, como sinaliza Ignacio Torres Muro<sup>79</sup>, não é diverso às situações de inconstitucionalidade sem nulidade, nas quais se enquadram as sentenças aditivas.

No sistema jurídico lusitano, há que se observar se a decisão tenha sido proferida no âmbito da fiscalização abstrata ou concreta. Tendo sido nesta, a eficácia é *inter partes*, podendo ser atribuída força obrigatória geral caso a matéria venha a ser objeto de idêntica decisão, pelo Tribunal Constitucional, em três julgamentos, nos moldes do art. 281º, nº 3º, da Constituição de 1976.

## **6. ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ALGUNS REMATES**

O dilema da omissão parcial em cotejo com o princípio da isonomia não passou despercebido entre nós, havendo frequentado os anais do Supremo Tribunal Federal.

Com a advertência de que os arestos citados no tópico 1 deste não tratam de questão idêntica, ficando seus préstimos restritos ao reconhecimento da concepção de que o Judiciário, na fiscalização da constitucionalidade, não deve ir além do papel do legislador negativo, é de citar-se que o tema foi inicialmente enfrentado quando da Súmula 339 do Pretório Excelso, ao assentar o não cabimento, através de ato judicial, da elevação de vencimentos de servidores públicos, mesmo sob o pretexto de afronta à isonomia.

Como indicado em seus precedentes<sup>80</sup>, exarados sob a égide da Constituição de 1946, razão para tanto recaiu na preponderância do pensar de que ao Judiciário é indevido o exercício de função legislativa e, portanto, não poderia retificar eventual injustiça do legislador.

Extrato de pronunciamento do Min. Nelson Hungria, no RE 42.186 – MA, exprime o posicionamento sobre a questão:

Conforme deflui do nosso sistema constitucional e tem sido reiteradamente acentuado pela jurisprudência, inclusive a desta Suprema Corte, o Po-

---

<sup>79</sup> La Constitución española de 1978 - sinopsis. Comentário ao art. 164. Disponível em: [www.congreso.es/constitución](http://www.congreso.es/constitución). Acesso em: 28-03-2005.

<sup>80</sup> Deram ensejo ao excerto sumular os Recursos Extraordinários 40.914 – DF (1ª T., mv, rel. Min. Cândido Mota, Aud. de Publ. de 06-04-60), 42.186 – MA (1ª T., ac. un., rel. Min. Nelson Hungria, Aud. de Publ. de 21-09-60), 46.948 – PR (2ª T., ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. de Publ. de 02-05-62) e ROMS 9.611 – RS (Pleno, ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. De Publ. de 24-07-63).

der Judiciário não pode, a pretexto algum, usurpar a função legislativa de aumentar vencimentos. Se há injustiça na desigualdade de vencimentos em tal ou qual quadro de funcionários, somente a lei pode corrigi-la. O § 1º do art. 141 da Constituição Federal não tem o sentido ou extensão que lhe atribui o acórdão recorrido.

Tornando à baila o tema, já agora por ocasião da Lei Maior vigente, o Supremo Tribunal Federal insistiu na manutenção da orientação outrora perfilhada. Para tanto, observe-se a ADIN 529-4/DF<sup>81</sup>, instaurada com o propósito de sanar omissão constante da MP 296, de 29-05-91, que instituíra, ao promover a alteração da remuneração dos servidores públicos, tratamento diferenciado entre os servidores civis do Poder Executivo e entre estes e os servidores públicos militares. A peculiaridade do pedido esteve em que, ao invés de postular-se que o tribunal suprisse a omissão, proferindo decisão extensiva aos excluídos, houvesse determinação ao Presidente da República para que, em prazo assinado, editasse outra medida provisória conforme com a Constituição.

Como se percebe do voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, restou mantido o entendimento já tradicional da Corte, não obstante ressaltar-se que a questão deveria ser solucionada sob o ângulo da inconstitucionalidade por omissão<sup>82</sup>, principalmente porque, diante dos termos do art. 103, § 2º, da Lei Máxima, aquela se resolve mediante comunicação ao Poder competente para as providências necessárias.

Pareceu mudança de orientação o deliberado no RMS 22.307-DF<sup>83</sup>. Dando provimento à irresignação dos impetrantes, deferiu-se parcialmente a segurança, reconhecendo-se parcialmente àqueles o direito ao reajuste de

<sup>81</sup> Pleno, ac. un., DJU de 05-03-93.

<sup>82</sup> Disse S. Exa., reportando-se ao voto que proferira na ADIN 525: “A solução oposta – a da omissão parcial – seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário –, a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos. A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra”. Secundando tais argumentos, o Min. Carlos Velloso aduziu: “Ora, o constituinte quando introduziu a inconstitucionalidade por omissão, na jurisdição constitucional brasileira, teve esta como um plus, vale dizer, como forma de ampliar a garantia, quer sob o ponto de vista objetivo, quer sob o prisma subjetivo. Na inconstitucionalidade por omissão, obtém-se, na verdade, muito menos do que se estivéssemos a considerar a inconstitucionalidade por ação. Obtém-se menos, tendo em vista o que dispõe o § 2º do art. 103 da Constituição”.

<sup>83</sup> Pleno, mv, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 13-06-97.

28,86%. Raciocinou-se no sentido de que da interpretação conjugada das Leis 8.622/93 e 8.627/93 adveio revisão geral de vencimentos em prol dos servidores militares e, por isso, extensível aos civis, como já aplicado, administrativamente, pelo Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas e Ministério Público da União.

Muito embora tenha o pronunciamento se louvado na isonomia, penso que tal não autoriza o remate de que a orientação, já tradicional em sede de omissão legislativa parcial, tenha sido afastada, uma vez prescindir-se, para tanto, da necessidade de lei específica.

É que, na hipótese, havia dispositivo da Constituição originária (art. 37, XV) que, esmiuçando a consagração da isonomia, possuía colorido específico, ao prescrever que a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção entre civis e militares, deveria ser efetuada sempre na mesma data.

Portanto, a extensão da disciplina em prol da categoria não abrangida emanou diretamente da Constituição, através de norma própria, sem que fosse decisiva a invocação do princípio geral da igualdade.

Em assentada subsequente, o Supremo Tribunal Federal deixou escapar conveniente oportunidade para a formulação da admissibilidade das decisões aditivas. Estava-se diante da ADIN 2.251–DF<sup>84</sup>, na qual eram atacados vários dispositivos da MP 1.984/2000, entre os quais o que, acrescentando o art. 4º-A à Lei 8.437/92, estatuiu que, nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações, poderia o tribunal, a qualquer tempo, deferir medida cautelar para sustar os efeitos da decisão rescindenda, desde que caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão.

O Augusto Pretório, visualizando, de logo, ofensa ao princípio da isonomia, porquanto a previsão apenas beneficiava o Poder Público, deferiu a cautelar, alijando o dispositivo do sistema jurídico<sup>85</sup>.

Talvez tivesse sido a oportunidade de, tanto no propósito de prestigiar a tão decantada isonomia, vista agora pelo seu perfil positivo, quanto para satisfazer o imperativo de conservação dos atos estatais, que se mantivesse o dispositivo, legando-lhe interpretação conforme, no intento de abranger, pela couraça

<sup>84</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, julg. em. 24-08-2000, Informativo – STF no. 199.

<sup>85</sup> Essa opção, acoiada de radical na matéria, é, como noticiou José Manuel Cardoso da Costa, em abril de 1987 (*VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa, Relatório Geral. Separata do suplemento do Boletim do Ministério da Justiça – documentação e direito comparado, p. 51), a perfilhada pelo Tribunal Constitucional austríaco, ao sancionar de inconstitucionalidade o correspondente preceito.

da proteção cautelar, tanto as rescisórias ajuizadas pelo Poder Público como pelos particulares.

Ter-se-ia, assim, legítima decisão aditiva com conseqüências mais profícuas e sem o quebrantamento das pilastras do ordenamento pátrio.

Adesão embrionária à praxe das decisões aditivas, malgrado desprovida de maior e específico aprofundamento teórico, pode ser imputada à ADIN 2.652-6/DF<sup>86</sup>.

Discutia-se a legitimidade de parágrafo único, acrescido pela Lei 10.358/2001, ao art. 14 do Código de Processo Civil, que, a despeito de inovar o sistema jurídico brasileiro com a previsão de multa em face do descumprimento de provimentos judiciais, inseria exceção em seu pórtico, com a dição “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”.

Argumentava a argüinte, *in casu* a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE, que o preceito, na forma como redigido, afastava de dita ressalva, em flagrante agressão à isonomia, os advogados, cuja vinculação ao Poder Público decorresse de lei, posto que não sujeitos exclusivamente à observância dos estatutos da OAB.

Malgrado a aligeirada referência na fundamentação do voto do relator à isonomia, já que o defeito legislativo fora tributado a equívoco gramatical, mais especificadamente de pontuação, a leitura da ementa<sup>87</sup> nos mostra a utilidade do princípio isonômico como capaz de atingir a parcela de destinatários alvo da exclusão normativa.

Diferentemente da ADIN 2.251-DF, vislumbra-se nítido o aspecto aditivo da decisão, porquanto, reconhecido maltrato à exigência magna de tratamento igualitário, não se invalidou a norma impugnada. Antes se optou pela sua conservação, ampliando o seu conteúdo normativo, para o fim de ser abrangida, sob sua regência, a parcela dos destinatários excluídos.

<sup>86</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 14-11-2003.

<sup>87</sup> Ei-la: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”.

A menção a tais julgados só vem demonstrar a tímida acolhida que as sentenças aditivas vêm merecendo de nossa jurisprudência.

Isso, contudo, não impede a sua aceitação em nosso sistema jurídico, a qual apresenta vários pontos que a justificam.

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade sempre despertou as maiores atenções do nosso ordenamento constitucional, nada impedindo, antes recomendando, que, nas situações submetidas à jurisdição, a mais consentânea medida de justiça implique justamente a manutenção da norma, com sua interpretação ampliada, do que sua eliminação.

A necessidade de eficiência, reclamada indistintamente da atuação dos órgãos públicos, orienta-se pela tônica da conservação dos atos estatais, sem contar que, para esse fim, os pretórios, à frente o Supremo Tribunal Federal, vêm, nas suas decisões, incorporando, cada vez com maior assiduidade, a técnica da interpretação conforme.

O óbice, assaz repisado, de que tal postura constitui indevida apropriação, por parte do Judiciário, da função legislativa, não mais convence.

Com efeito, entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discricção àquele peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa<sup>88</sup>.

Ademais, não se pode deixar de agregar que a separação de poderes, na realidade estatal hodierna, não mais se apresenta sob as rígidas vestimentas preponderantes à época do movimento constitucionalista dos séculos XVII e XVIII.

Nesse particular, carradas de razão possui Francisco Cavalcanti – que, salvo engano, pode aqui ser apontado como o precursor doutrinário do tema, ao frisar a superação do lastro informador da Súmula 339 – STF<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Cristina M.M. Queiroz (Direitos fundamentais – teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 238) consigna que os tribunais constitucionais vêm assumindo, de forma cada vez mais significativa, através das sentenças interpretativas (aditivas, substitutivas, constitutivas, etc.), funções de legislador positivo, derivadas de razões estruturais, em virtude de mudanças produzidas no conjunto das instituições por força do Estado Democrático e Social.

<sup>89</sup> A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da Súmula no. 339 do STF. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 155.

Constata o autor que a ausência de correção, pela jurisdição constitucional brasileira, das inconstitucionalidades por omissão relativas se deve ao

equívoco em confundir ato de criação de norma inexistente (hipótese de omissão absoluta), com a distinta questão de determinar a aplicação de norma existente a todos aqueles, ou a todas aquelas situações a exigirem tratamento isonômico, por força de norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aqueles que estão em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional..., resta ao Tribunal tão somente, declarar da constitucionalidade da lei, desde que entendida com a correção, com o aditamento interpretativo no sentido de adequar a norma à observância do princípio da isonomia<sup>90</sup>.

O afastamento do estorvo, a meu sentir, poderia ser alcançado com a limitação das sentenças aditivas às hipóteses onde não se verificassem reservas absolutas do legislador.

É sabido – e o evoluir dos direitos fundamentais é testemunho eloqüente – que há determinadas situações, seja com vistas à proteção do cidadão, seja no resguardo do interesse público, com relação às quais as Constituições submetem o tratamento de seus elementos essenciais exclusivamente ao legislador. A nossa Lei Maior não constitui exceção, conforme se esteja a tratar da definição de infrações e penas (art. 5º, XXXIX), a instituição e majoração de tributo (art. 150, I) e a fixação da remuneração dos servidores públicos (art. 61, § 1º, II, *b*)<sup>91</sup>.

Em casos como esses, afigurar-se-ia inadmissível a prática aqui examinada.

Da mesma forma, inviável a adição judicial quando demonstrado haver sido o *discrímen* legítimo, em face da diferença substancial entre a situação regulada e a omitida, por não se visualizar ofensa à igualdade.

<sup>90</sup> *Loc. cit.*, p. 86.

<sup>91</sup> Num ponto manifestamos discordância com Francisco Cavalcanti, qual seja o de que a superação da Súmula 339 – STF somente se dá no sentido de que o princípio da isonomia poderá justificar a ampliação do conteúdo de dispositivo legal, sem que tal configure usurpação de função legislativa, mas cumprimento à Constituição. No entanto, a aplicação de dito enunciado continua válida no que concerne à província estipendiária, por alterada a redação do art. 37, XV, da CF, e pelos termos categóricos do art. 61, § 1º, II, *b*, desta.

À guisa de exemplo, *fattispecie* suscetível de solução aditiva – já por nós utilizada no exercício da judicatura de primeiro e segundo graus de jurisdição<sup>92</sup> – relaciona-se ao tema da garantia da instância administrativa para a interposição de recurso administrativo.

O art. 33 do Decreto 70.235/72, que se ocupa do procedimento administrativo de determinação dos créditos tributários da União, teve incluído pela MP 1.973-63/2000, posteriormente convertida na Lei 10.522/2002, §2º, condicionando o direito à interposição de recurso voluntário à garantia de instância, mencionando, para esse fim, o arrolamento de bens e direitos equivalente a 30% da exigência fiscal. No que toca às contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS, o art. 126, §1º, da Lei 8.213/91, exige que tal se faça no mesmo montante, mas unicamente em dinheiro.

Daí que, no âmbito do controle difuso, discute-se a possibilidade de, quanto às contribuições previdenciárias, a garantia da instância administrativa ser realizada mediante arrolamento de bens, modalidade menos onerosa ao contribuinte.

Tal se nos parece afirmativo. Ora, considerando-se que as contribuições previdenciárias, na atualidade, integram o gênero tributo, pertencendo a competência para sua instituição à União, muito embora o legislador tenha transferido o mister de sua arrecadação ao INSS, e ainda o fato da finalidade da garantia de instância, numa e noutra hipótese, ser idêntica (desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios), não se justifica, à luz da isonomia, que o devedor do fisco federal não possa, somente porque deve contribuição para a seguridade arrecadada pelo INSS, valer-se do arrolamento de bens. Se, por exemplo, o débito se referisse às contribuições para a seguridade social, arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal, como a COFINS, ou a CSSL, tal seria plenamente admissível. Discriminação injustificada não poder fazê-lo quanto à folha de salários, ou as parcelas descontadas dos respectivos empregados.

A via aditiva resolveria o impasse, fazendo preponderar o reclamo de tratamento igualitário, sem que fosse necessário invalidar o disposto no art. 126, §1º, da Lei 8.212/91, antes o mantendo com a necessária correção do seu alcance.

Sem deixar o plano exemplificativo, outra hipótese recairia no art. 20, parágrafo único, do vigente Código Civil, ao legitimar a proteção de direitos da

---

<sup>92</sup> Sentença no MS 2004.84.00.003511 – 3 (Diário Oficial do Estado de 04-09-2004) e AMS 90.595 – PE (TRF – 5ª Reg., 4ª T., AMS 90.597 – PE, mv, rel. Edilson Nobre (Convocado), DJU – II de 08-11-2005).

personalidade de pessoas falecidas ao cônjuge supérstite, ascendentes e descendentes, olvidando o companheiro. Essa conclusão muito se aproxima daquela na qual aportou a *Sentencia* 222/92 do Tribunal Constitucional hispânico.

Desse modo, a similitude da união estável ao casamento, proporcionada pelo art. 226, §3º, da CF, respaldaria, por força do princípio da igualdade, a admissão da legitimidade do companheiro, mantendo-se a norma com seu significado acrescido.

Quanto aos efeitos da deliberação, tenho que deve prevalecer, *ex vi* dos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, a eficácia contra todos e vinculativa, o que é reforçado através do art. 102, §2º, da CF, com a redação da EC 45/2004.

Antes de ultimar, importante assinalar que a utilização das sentenças aditivas não pertence apenas ao Supremo Tribunal Federal, podendo aqui ser manuseada pelos demais juízes e tribunais, ao homenagearem a feição positiva do princípio da igualdade durante a solução dos litígios que lhe são submetidos.

Demais de abalizado escólio doutrinário<sup>93</sup>, manifesta-se, em prol dessa assertiva, o fato da interpretação conforme a Constituição ser acessível indistintamente aos órgãos do Judiciário, mesmo naqueles sistemas onde o legislador usufrui do privilégio de ter os seus atos fiscalizados, com foros de monopólio, pelo Tribunal Constitucional.

Igualmente, recorde-se o exemplo lusitano, porquanto, admitida a conviência dos controles concentrado e difuso, denominados de fiscalização abstrata e concreta, onde se pode verificar nesta última a existência de decisões aditivas nos Acórdãos 545/99 e 272/99.

---

<sup>93</sup> Ver Francisco Cavalcanti (A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da Súmula no. 339 do STF. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 155). Cristina M.M. Queiroz (*Direitos fundamentais – teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 238) sublinha que tal atributo deriva, de forma implícita, da atividade de controle dos tribunais constitucionais, não se pronunciando expressamente sobre vedação atribuível aos órgãos de jurisdição constitucional difusa.



# UMA ANÁLISE CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

**Frederico Augusto Leopoldino Koehler**

*Juiz Federal / 2ª Vara - PE*

*Sumário: 1. Introdução; 2. A interpretação na Teoria Pura do Direito; 2.1. Interpretação autêntica e não autêntica; 2.2. Indeterminação relativa do ato de aplicação do Direito; 2.3. A moldura interpretativa kelseniana; 2.4. O papel da doutrina na interpretação e a natureza do ato interpretativo do cientista do Direito; 3. críticas pontuais à visão kelseniana de interpretação; 3.1. O processo de cognição como ato ideológico do intérprete; 3.1.1. A impossibilidade de uma neutralidade pura do cientista do Direito; 3.1.2. A interação necessária entre a norma superior e o intérprete autêntico na formação de uma moldura maleável; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.*

## **1. INTRODUÇÃO**

Um estudo sobre Kelsen, após décadas de debates e discussões em todos os centros jurídicos acerca de sua obra, pode parecer extemporâneo, haja vista a superação da teoria pura do direito por outras teorias mais modernas. Porém, essa primeira impressão é derrubada pelo fato de o assunto de que trataremos nesse trabalho, a hermenêutica na Teoria Pura do Direito<sup>1</sup>, ser praticamente inexplorado pelos doutrinadores. Embora só esse fato já bastasse como justificativa para o presente estudo, acrescente-se a isso a grande importância e atualidade do capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, onde Kelsen discorre sobre a interpretação das normas jurídicas.

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-397.

Contrariando o perfil legalista e conservador atribuído a ele pela maior parte dos juristas, Kelsen criou uma teoria da interpretação que estava, de certo modo, à frente do seu tempo. É isso que demonstraremos na primeira parte desse artigo, onde a teoria da interpretação jurídica kelseniana será apresentada em seus pontos principais.

Após, faremos nossa crítica, baseada nos modernos avanços da Hermenêutica Jurídica e combateremos alguns aspectos da interpretação kelseniana, visando a remodelar algumas das valiosas criações do gênio de Kelsen, como, por exemplo, a “moldura interpretativa”. No final, será explicitado o benefício dessa releitura das figuras criadas pelo mestre vienês para a evolução jurídica e para a própria vida do direito.

Com isso objetivamos demonstrar a mudança ocorrida no modo como se portam os aplicadores-intérpretes do direito e contribuir com novas idéias para esse campo importantíssimo da área jurídica, que é a interpretação normativa.

## **2. A INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO**

Nessa primeira parte deste estudo, será elaborada uma descrição sintética do pensamento de Kelsen acerca do assunto em pauta, a fim de que se possa esboçar um quadro ilustrativo do significado da interpretação na Teoria Pura do Direito.

### **2.1. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E NÃO-AUTÊNTICA**

Hans Kelsen define: “*A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior*”.<sup>2</sup> Essa progressão se dá sempre que ocorre a aplicação do Direito, ou seja, no momento em que se cria norma inferior, limitada formalmente e materialmente por uma norma de grau superior (a criação de uma norma especial-inferior é sempre aplicação de uma norma geral-superior). Esse instante de criação-aplicação do Direito protagonizado pelo legislador ou juiz, vem sempre acompanhado da interpretação, quer ele ocorra no ápice da pirâmide normativa (como por exemplo, na interpretação de norma constitucional) ou numa escala inferior (por exemplo, no momento de prolação da sentença).

<sup>2</sup> Idem, p. 387.

Também os indivíduos, que devem portar-se de acordo com a lei, precisam compreender e, portanto determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. Do mesmo modo os doutrinadores que descrevem um direito positivo, têm de interpretar normas jurídicas.

Daí infere-se a distinção entre duas espécies de interpretação do Direito: aquela que é realizada pelo órgão que o aplica e a outra que é realizada não por um órgão jurídico, mas sim, por um cidadão, e, especialmente, pela ciência jurídica. A primeira denomina-se interpretação autêntica, é dotada de obrigatoriedade e é criadora de direito, sendo, portanto, fonte formal do Direito; a segunda denomina-se não-autêntica, não é obrigatória e não cria direito, sendo fonte material do Direito.

## **2.2. INDETERMINAÇÃO RELATIVA DO ATO DE APLICAÇÃO DO DIREITO**

A norma superior determina ou vincula a norma inferior de duas maneiras: a) formalmente, pois diz qual o processo que deve ser seguido para a produção da norma inferior; b) materialmente, quando determina o conteúdo sobre o que pode tratar a norma inferior, ou proíbe-lhe que regule uma determinada matéria. Essa determinação, porém, não é completa. A norma superior, não podendo regular totalmente o ato inferior, funciona como um quadro ou moldura, dentro do qual está a esfera de ação da norma inferior.

A indeterminação da norma superior pode ser intencional, ou seja, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Exemplo: quando, na norma penal, deixa-se a opção ao juiz de aplicar pena de reclusão ou multa.

A indeterminação do ato jurídico pode também ser consequência não-intencional da própria constituição da norma jurídica a ser aplicada pelo ato em questão. Isso corre quando há uma discrepância entre a *mens legislatoris* e a linguagem por ele utilizada. Exemplo: duas normas contradizentes contidas na mesma lei.

Em qualquer dos dois casos de indeterminação, é o aplicador do direito, através de um ato voluntarístico, que escolhe, por meio do livre convencimento motivado, qual será a alternativa que será aplicada e tornar-se-á direito positivo.

## **2.3. A MOLDURA INTERPRETATIVA KELSENIANA**

A moldura interpretativa é a maior criação do pensamento kelseniano nessa matéria e foi elaborada para solucionar os casos de indeterminação das leis.

Segundo Kelsen, “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.<sup>3</sup>

Kelsen considera que a norma superior forma uma moldura determinante de um campo de ação para a norma inferior, onde há várias possibilidades legais de aplicação do direito. Pode-se visualizar a moldura como uma figura geométrica, dentro da qual cabe ao órgão aplicador do direito escolher dentro das possibilidades oferecidas previamente pela norma superior.

E como é estabelecida claramente a moldura? Ela é determinada através de um ato objetivo do órgão aplicador, com a finalidade de conhecer a moldura e as alternativas que lhe são oferecidas. Só posteriormente, no momento de escolher qual dos caminhos a seguir e transformar a escolha em direito positivo, é que o intérprete realizaria um ato voluntarístico de caráter subjetivo.

Em suma: num primeiro momento, o intérprete manter-se-ia neutro, realizando um ato meramente cognoscitivo (desprovido de vontade) para conhecer a moldura e as possibilidades de sua ação. Posteriormente, através de uma volição, o intérprete escolheria qual o caminho a seguir e aplicaria o direito. Nas palavras do mestre vienês: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da mesma interpretação cognoscitiva”.<sup>4</sup>

Esse é o duro golpe que Kelsen desfere na teoria tradicional da interpretação. Esta afirma que o aplicador do direito, através de um ato puramente intelectual, esclarece o significado correto da norma, que é unívoco. Kelsen, como já vimos, defende a idéia de pluralidade de opções, dentre as quais o jurista escolhe uma, de acordo com a sua vontade objetivada através de um processo de motivação racional. Não há um critério de direito positivo a disciplinar qual seja a escolha certa a fazer. Isso porque “*todos os métodos de interpretação até o presente elaborado, conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto*”.<sup>5</sup> Daí se

<sup>3</sup> Idem, p. 390.

<sup>4</sup> Idem, 394.

<sup>5</sup> Idem, 392.

extrai que a escolha entre as alternativas é feita de acordo com um critério político-subjetivo, sem caber à ciência do direito analisar qual dentre as soluções intramolduradas escolher, já que todas são logicamente possíveis.

#### **2.4. O PAPEL DA DOCTRINA NA INTERPRETAÇÃO E A NATUREZA DO ATO INTERPRETATIVO DO CIENTISTA DO DIREITO**

A posição de Hans Kelsen a respeito do papel do cientista do Direito é baseada na sua distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica, pois qualifica o estudioso do Direito como um intérprete não-criador de direitos. Por outro ângulo de visão, o mestre austríaco atribui à doutrina o dever de absoluta neutralidade, devendo o pesquisador ser totalmente imparcial, limitando-se a interpretar objetivamente a norma através de um ato de inteligência racional.

A concepção kelseniana de neutralidade do cientista do Direito é expressa na passagem transcrita a seguir: “*A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas*”.<sup>6</sup> Em outro trecho, Kelsen explica que o estudioso do Direito é intérprete não-criador do Direito, por realizar interpretação não-autêntica: “*A interpretação jurídico-positiva não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito*”.<sup>7</sup>

Portanto, pode-se esboçar um modelo kelseniano para o cientista do Direito: é o indivíduo que realiza interpretação não-autêntica ou não-criadora de direito, através de atos meramente cognoscitivos de caráter objetivo e imparcial; aliás, esse arquétipo ideal de cientista neutro se encaixa com perfeição na “busca de pureza” objetivada pela Teoria Pura do Direito.

### **3. CRÍTICAS PONTUAIS À VISÃO KELSENIANA DE INTERPRETAÇÃO**

Nessa parte do artigo, exporemos críticas acerca de pontos determinados da interpretação na Teoria Pura do Direito, com fito de contribuir para o seu aperfeiçoamento.

<sup>6</sup> Idem, 395.

<sup>7</sup> Idem, p. 395-396.

### 3.1. O PROCESSO DE COGNIÇÃO COMO ATO IDEOLÓGICO DO INTÉRPRETE

Todas as nossas críticas à teoria da interpretação baseiam-se na nossa concepção do ato intelectual (ato através do qual conhecemos as coisas), que é diferente da concepção kelseniana. Segundo Kelsen, o ato cognoscitivo tem um caráter de objetividade e sua função é “determinar” as coisas, sem interferência do agente. Equivale a uma apreensão objetiva da coisa examinada.

Em nossa opinião, não só o ato voluntarístico, mas também o ato intelectual, está impregnado de ideologia (significando aqui um conjunto de idéias, crenças, valores, etc. que forma a cultura de cada indivíduo), pois ela acompanha o homem desde o instante em que nasce até o momento de sua morte.

Quando o sujeito realiza um ato de cognição, imprime, nos espaços axiológicos indeterminados ou lacunosos do objeto a conhecer, a sua ideologia. Isso ocorre principalmente nos objetos *construídos* pelo homem, em contraposição aos objetos *dados* pela natureza, pois o *construído* possui uma finalidade de ser, que é um valor, e por isso suscetível de invasão da ideologia do ser cognoscente. Tobias Barreto já dizia que o Direito não é produto do céu, mas sim da criação da cultura humana; ele *é enquanto deve-ser*, isto é, o Direito é uma realidade ontológica, mas com uma finalidade deontológica.

Porém, o que mais contribui para transformar as normas jurídicas em terreno propício ao ataque ideológico é o seu meio de expressão: a linguagem. A linguagem é formada de *signos*, que são realidades bifásicas formadas por um *indicador ou significante* (situado no plano da expressão; como um som, grafia ou gesto) e por um *indicado ou significado* (constituído pela situação significativa)<sup>8</sup>. Quando o significante não tem um significado bem definido, ocorre a chamada *vaguidade*; quando o significante possui vários significados, ocorre o caso de *ambigüidade*.

A linguagem jurídica está repleta de termos vagos e ambíguos, o que causa debates acerca do significado correto de cada palavra. Todos os conceitos têm uma certa fluidez, não havendo conceitos prontos, acabados e imutáveis. Esse é o postulado primacial da Hermenêutica moderna. Veja-se, por exemplo, o artigo 121 do Código Penal Brasileiro<sup>9</sup>, considerado como um dos tipos mais fechados do nosso ordenamento. Esse é considerado um tipo hermético, onde é

---

<sup>8</sup> Ver: CARNAP, Rudolf. *Introducción a la semática*. Cuadernos de Epistemología, Buenos Aires: Facultad de Filosofia e Letras, 1965.

<sup>9</sup> Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

necessária a interpretação e onde o significado dos conceitos é pacífico. Mas o que significa o indicador *matar*? Significa apenas morte cerebral, ou também morte cardíaca e respiratória? E o significado de *alguém*? Compreende apenas o ser humano nascido ou também o nascituro? É claro que a Jurisprudência e a doutrina adotam um entendimento dominante, pois se não fosse assim reinaria o caos; mas isso só ocorreu após discussões e é sempre possível haver mudança desses significados. A interpretação contribui para a atualização do direito vigente com os mais diversos matizes ideológicos.

Pode-se concluir essa parte com as palavras de Warat: “*A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais*”.<sup>10</sup>

### **3.1.1. A IMPOSSIBILIDADE DE UMA NEUTRALIDADE PURA DO CIENTISTA DO DIREITO**

Da argumentação exposta, segue que a concepção de Kelsen sobre o caráter e o papel do estudioso do Direito não pode ser aceita. Como já foi visto anteriormente, Kelsen defende que o cientista deve ter o caráter de absoluta neutralidade perante o Direito, e que seu papel é o de determinar cognoscitivamente as possíveis interpretações da norma superior.

De fato, seria muito bom se a realidade fosse simples e modelada conforme o ideal de imparcialidade kelseniano. Porém, o ser humano não é uma máquina; a sua mente é um feixe axiológico onde se integram os valores que formam a ideologia do indivíduo.

O papel do cientista do Direito não é apenas interpretar o direito positivo para “conhecer” a moldura da norma, como se fosse um mero comentador de Códigos e legislação; ele deve também contribuir para a formação de novos significados dos termos indeterminados das normas. A norma não deve ser estudada como uma estrutura mumificada; o signo normativo não é imutável, pois, apesar do significante permanecer o mesmo, o significado muda continuamente, num *élan* evolutivo incessante. Como exemplo disso, pode-se citar o Código Comercial Brasileiro de 1850, que continuava a se exteriorizar da mesma forma, mas cujo sentido vinha evoluindo ininterruptamente até o momento de sua revogação. Em terminologia semiótica, o significante (a norma legal) permaneceu

---

<sup>10</sup> WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 47.

enquanto o significado foi alterado com o passar do tempo, seja através da evolução da doutrina, seja através da Jurisprudência.

Raimundo Falcão afirma a imprescindibilidade da interpretação para a evolução do Direito: “*O Direito, ou qualquer outro objeto cultural, sem a abordagem do intérprete, isto é, sem o sendo da interpretação, é paralisia, é estagnação. (...) A própria interpretação já feita também é paralisia e estagnação. Outra interpretação que se faça, do mesmo objeto cultural – inclusive a interpretação de interpretação anteriormente feita –, é sempre nova apreensão de sentido, é sempre uma nova interpretação, que pode até coincidir com o sentido antes captado, mas não necessariamente, pois o processo espiritual é novo*”.<sup>11</sup>

### **3.1.2. A INTERAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE A NORMA SUPERIOR E O INTÉRPRETE AUTÊNTICO NA FORMAÇÃO DE UMA MOLDURA MALLEÁVEL**

Nesse ponto será analisada a relação que ocorre entre o aplicador-criador do Direito, isto é, o intérprete autêntico, e a norma superior. Conforme já foi visto, Kelsen separa a interpretação autêntica em dois momentos: a) determinação objetiva, por meio de um ato cognoscitivo, da moldura prevista na norma superior; b) escolha subjetiva, por meio de um ato de vontade, de um das possíveis opções apresentadas pela norma superior para transformação em direito positivo.

Haveria, segundo Kelsen, portanto, envolvimento subjetivo aplicador-criador do Direito no ato de interpretação normativo, mas esse liame intimista entre intérprete e norma superior ocorreria apenas no segundo momento, ou seja, no instante de opção volitiva do intérprete. O primeiro momento seria apenas de caráter objetivo, onde não caberia falar de vontade do intérprete, mantendo-se ele neutro perante a norma superior.

Em nossa concepção, em todo o percurso do processo de interpretação está sempre presente a ideologia do indivíduo, pois todo ato interpretativo é oriundo de um ser humano (um órgão, como um Tribunal, por exemplo, interpreta, mas somente através dos atos dos indivíduos que o constituem), e “*onde está o homem, está a interpretação*”.<sup>12</sup> Isso acontece sempre, mas é mais

<sup>11</sup> FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 147.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*.

visível naquelas normas com conceitos vagos, ou onde haja termos imprecisos, ou expressões ambíguas. Veja-se, por exemplo, quantas interpretações há para uma expressão como a *função social da propriedade*? As interpretações dadas variam à medida em que diferem as ideologias de cada indivíduo, podendo, no caso da função social da propriedade, a expressão ser tanto objeto de interpretações de cunho social, como interpretações liberais.

A enorme diversidade da Jurisprudência sobre a interpretação do significado de uma lei, ou de um artigo, ou mesmo de uma simples palavra demonstra a grande variedade de interpretações que podem ocorrer sobre um mesmo objeto, a depender da ideologia e do conjunto de crenças de cada intérprete.

Entendemos, portanto, que o juiz, quando interpreta e julga, não é neutro perante a norma superior; ele interpreta a norma de acordo com sua ideologia e suas crenças. É importante perceber que mesmo que não faça isso intencionalmente, o intérprete sempre usa suas idéias quando julga. Até no caso do intérprete ser partidário da imparcialidade do aplicador do Direito, ele já estará aí usando de sua própria ideologia para julgar.

Cada intérprete dá à moldura um significado especial. Isso nos leva à conclusão de que a moldura (que é, na verdade, o *significado* ou *indicado* da norma superior) não está rigidamente predeterminada pela norma superior. A moldura interpretativa (ou o significado da norma) é mutável e é dotada de um certo grau de flexibilidade. É claro que essa elasticidade da moldura não é infinita, pois há limites ao ato interpretativo do aplicador. Se o juiz não tivesse seu arbítrio limitado (como querem os adeptos das Escolas Realistas), então não haveria a segurança jurídica necessária ao convívio social. Deve-se ter cuidado para não se cometer nenhum dos dois erros: a) defender a rigidez absoluta da moldura; b) acreditar que não há limites à influência da vontade do intérprete na formação da moldura.

Em suma: a moldura interpretativa tem um grau médio de fluidez que permite ao Direito uma evolução permanente no *significado* (real sentido da lei) das normas sem precisar ocorrer a modificação a todo o instante do *significante* (por exemplo: a letra da lei), observando-se sempre os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

#### **4. CONCLUSÃO**

A interpretação na Teoria Pura do Direito foi analisada e ficou patente a engenhosidade com que foi elaborada pelo mestre Hans Kelsen, que criticou as doutrinas tradicionais e fez sua teoria para substituí-las, obtendo grande êxito. Ele criou uma bela teoria, que se for devidamente atualizada e remodelada de

acordo com os modernos avanços da hermenêutica, pode ser aplicada com ótimos resultados no cotidiano jurídico da interpretação.

Das críticas que fizemos extraímos algumas conclusões:

- a) Não só os atos de vontade, mas também os atos intelectivos, estão impregnados do subjetivismo e da ideologia do intérprete;
- b) Todo ato de interpretação, seja do intérprete autêntico ou não-autêntico, é um ato de caráter ideológico. Daí deduz-se que o ato de interpretação do cientista do Direito também está preenchido de ideologia, restando prejudicada a concepção kelseniana da neutralidade pura ou pureza científica do cientista do Direito;
- c) A moldura interpretativa não é determinada objetivamente pela norma superior. É imprescindível a interação da ideologia do intérprete com a norma superior para a formação da moldura. Daí deduz-se que a moldura não pode ser rígida e hermética, sendo maleável e aberta;
- d) O Direito evolui permanentemente através dos atos contínuos de interpretação e como prova disto temos a Jurisprudência dos Tribunais e a doutrina, onde há sempre várias posições contrapostas, que refletem diferentes ideologias vigentes na sociedade, e contribuem enormemente para o avanço do Direito e para a busca da justiça.

Finalmente, queremos enfatizar a importância de uma moldura maleável e flexível para a evolução do Direito e para a concretização da justiça. Devido à maleabilidade da moldura interpretativa, o Direito pode receber contribuições dos mais diferentes matizes ideológicos para o seu processo de permanente evolução e pode aspirar a uma verdadeira busca da equidade, aplicando-se ao caso concreto a interpretação possível mais apropriada.

## **5. BIBLIOGRAFIA**

### **LIVROS**

CARCOVA, Carlos M. *La idea de ideología en la Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Coop. De Derecho y C. Sociales, 1973.

- CARNAP, Rudolf. *Introducción a la semântica*. Cuadernos de Epistemologia. Buenos Aires: Faculdade de Filosofia e Letras da Universidade de Buenos Aires, 1965.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MIRANDA FREIRE, Carlos C. *Influência da Doutrina Jurídica nas Decisões Judiciais*. João Pessoa: União, 1977.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed. Aumentada. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1995.

## **REVISTAS**

- SILVEIRA, José Néri da. *A função do juiz*. AJURIS. Porto Alegre a.19, n.54, mar.1992, p. 40-52.



## A FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS E O CASO DO MENINO JOÃO HÉLIO

**João Hora Neto**

*Juiz de Direito / SE*

Na história recente do País, dois graves crimes abalaram e comoveram a sociedade brasileira, a saber:

1º) O homicídio da missionária Dorothy Stang, assassinada a tiros na cidade de Anapu, Estado do Pará, em fevereiro de 2005:

2º) O latrocínio do menino João Hélio Fernandes, no Rio de Janeiro, consumado em fevereiro deste ano;

Ambos os crimes foram graves, hediondos, cruéis – e até penso que o crime de João Hélio tenha sido ainda mais bárbaro, em razão de ele ter sido arrastado vivo, pendurado do lado de fora e preso ao cinto de segurança do carro, por 07 (sete) quilômetros, durante 15 (quinze) minutos, por 14 (catorze) ruas, tendo ao fim sido abandonado o carro e o corpo da criança fora encontrado dilacerado.

O fato concreto é que dois brasileiros morreram banalmente, inseridos numa realidade social cada vez mais injusta, atroz e beligerante, na condição de pusilânimes personagens no entremeio de uma surda e voraz guerra civil cotidiana, de há muito engendrada no País e comandada por organizações criminosas e seus diversos matizes.

Contudo, na frieza das estatísticas, mortos foram mais dois brasileiros – *sendo a primeira vítima uma senhora já idosa, e a segunda uma criança em terna idade* – ambos protegidos não só pela Constituição Federal e pelo Código Penal, mas muito especialmente por Leis Especiais, ou seja, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente.

Malgrado isso – *e aqui reside a discussão central desse artigo* – *o tratamento jurídico dado aos casos tem sido diferente e distinto*, apesar

de ambos guarnecerem um mesmo valor paradigmático perante o Direito – à vista da gravidade e hediondez em cotejo com a expressão “Direitos Humanos”.

De fato, a meu juízo, consigno que *a diferenciação de tratamento dá-se em razão de um novel instituto jurídico denominado Incidente de Deslocamento de Competência (IDC)*, vigente a partir da Emenda Constitucional nº 45, promulgada em dezembro de 2004, *in verbis*:

*Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:(...)*

V – A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;(…)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

*De forma sumária, pois — o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) objetiva retirar da competência da Justiça Estadual determinados crimes e remetê-los à Justiça Federal, isto é, busca “federalizar” crimes onde haja grave violação aos direitos humanos, a fim de assegurar as obrigações derivadas dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.*

*Numa rápida visão jurídica, e até perfunctória – pois não é o escopo desse artigo o aprofundamento jurídico do instituto — ocorre que dito instituto, o IDC, vem sofrendo diatribes acerca da sua constitucionalidade, ao ponto mesmo de a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), já em meados de 2005, ter ajuizado uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), nº 3486, cujo Relator é o Ministro Sepúlveda Pertence, estando a mesma ainda em trâmite.*

Basicamente, a referida Associação defende a inconstitucionalidade do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), alinhavando os seguintes principais argumentos:

1º) Porque viola a Cláusula Pétrea da Segurança Jurídica no Direito Penal (art. 5º inciso XXXIX), princípio segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, postulado básico advindo da doutrina penal moderna, desde o Marquês de Beccaria, em sua clássica obra “*Dos Delitos e das Penas*”. Nesse tópico, questiona-se o fato de a Emenda Constitucional não ter definido o que são crimes contra os direitos hu-

manos e muito menos o que seja um crime grave contra os direitos humanos, uma vez que as leis penais devem ter conteúdo preciso, certo, delimitado, sendo inadmissíveis leis penais indeterminadas;

2º) Porque viola a Cláusula Pétrea do Juiz Natural (art. 5º incisos XXXVII e LII), segundo o qual “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*” e “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. Nesse tópico, questiona-se o fato de a Emenda Constitucional ter criado uma competência penal extravagante, discricionária e incerta, afeta à Justiça Federal, e, portanto, *ex post facto*, de acordo tão só com o juízo discricionário do Procurador Geral da República, a quem cabe suscitar o IDC com base em critérios genéricos como a gravidade da infração, de forma aleatória e sem prévia fixação legal – violando, portanto, a elementar noção de que a competência é um instituto de ordem pública, e que deve ser previamente estabelecida na lei, exaustiva e taxativamente;

3º) Porque viola a Cláusula Pétrea do Devido Processo Legal (art. 5º LIV), segundo o qual “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Nesse tópico, assesta-se que o processo penal a princípio será iniciado perante a Justiça Estadual, mas sempre haverá um “elemento surpresa”, isto é, a hipótese de o Procurador Geral da República, em qualquer momento, a seu exclusivo juízo, requerer o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), surpreendendo a todos os protagonistas da ação penal em curso (o Juiz, o Promotor e a Defesa), quando a partir daí a ação passará para a competência da Justiça Federal, gerando absoluta insegurança para a Justiça Penal Estadual;

4º) Porque viola a Cláusula Pétrea que fixa a competência do Júri Popular (ar. 5º XXXVIII), segundo o qual estabelece a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, quer sejam eles tidos como graves violações aos direitos humanos ou não. Nesse tópico, sustenta-se que as únicas exceções existentes para afastar a competência do Júri Popular são aquelas previstas pelo legislador constituinte originário, como, por exemplo, as decorrentes da prerrogativa de função e as previstas nos incisos V, IX e XI do art. 109 da Carta Magna, não podendo, por conseguinte, uma Emenda Constitucional limitar ou alterar a competência constitucional do Júri Popular.

Ademais, outros tantos argumentos poderiam ser lembrados na esteira daqueles que advogam a inconstitucionalidade do IDC – *também a Associação Nacional do Membros do Ministério Público (Conamp)* – isto é: a) a violação da cláusula pétrea do Pacto Federativo, por representar o IDC uma

“intervenção branca” nos Estados, estranha pois às hipóteses de intervenção federal do artigo 36 da CF/88; b) violação da cláusula pétrea do Pacto Federativo, na medida em que cria uma espécie oblíqua de “Chefia do PGR sobre as PGJ’s”, como se num retorno nefasto ao vetusto instituto da advocatória e que, como tal, busca o fortalecimento do Estado Unitário, ou seja, em favor da União, em detrimento do Estado Federado.

Em síntese apertada, pois, esse é o cenário de polemicidade do IDC, *de matriz constitucional*, valendo-se registrar, todavia, que organizações não-governamentais de direitos humanos e organismos internacionais, assim como a Associação dos Juizes para a Democracia (AJD), Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) são favoráveis ao IDC e argumentam pela sua constitucionalidade.

Pessoalmente, ***filio-me à corrente que advoga pela inconstitucionalidade***, principalmente ao argumento de que me custa entender o que significa a expressão “crimes contra os direitos humanos”, ou melhor, o que seja “graves crimes contra os direitos humanos”! Para mim, às escâncaras, trata-se de uma manifesta norma penal indeterminada, ao ponto mesmo de os sequazes do IDC, dentre eles, a Professora Flávia Piovesan e o Procurador da República Vladimir Aras I, ainda não terem apresentado um preciso *rol ideal* de tipos penais classificados como graves crimes contra os direitos humanos, conquanto já tenham classificado entre eles *os delitos contra crianças*.

A esse talante, ratifico: sou contra o IDC, por entendê-lo flagrantemente inconstitucional, baseado que é numa norma penal indeterminada, imprecisa, subjetiva, fluída, de conteúdo jurídico impalpável, e que sequer suporta uma indagação que tanto requesta minha consciência de julgador e de cidadão:

***Ora, se qualquer delito contra criança é tido, pelos partidários do IDC, como um grave crime contra os direitos humanos, por que então, até a presente data, o Senhor Procurador Geral da República não suscitou o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) para o caso do menino João Hélio, vítima de um crime muito mais bárbaro do que o da religiosa Dorothy Stang?***

Porquanto, a meu juízo — *é aqui que reside a diferenciação de tratamento dado aos casos análogos* — e que inclusive teima em violar um majestoso brocardo jurídico: “*ubi eadem ratio, idem jus*”, ou seja, onde houver as mesmas razões, o mesmo Direito!

Em verdade, apesar de serem crimes gravíssimos, violadores dos direitos humanos, o tratamento jurídico tem sido distinto, vez que, no caso da Missionária

ria Dorothy, penso que o Senhor Procurador Geral da República à época fora movido por forte pressão da mídia internacional e suscitou o IDC; já agora, diferentemente, no caso do menino João Hélio, o atual Senhor Procurador Geral da República se queda inerte e sequer aventa-se em suscitar o IDC, apesar da forte pressão da mídia nacional e do iniludível clamor social – importando em concluir que, com tal paradoxal tratamento, a tese da inconstitucionalidade ganha fôlego, às largas, pois para um Procurador um crime de homicídio(grave) é passível do IDC, mas para outro, em outro momento histórico, um crime de latrocínio(gravíssimo) não o é.

Alfim, em corolário, *se notório é que a impunidade é um dos maiores males do Brasil, e que ela (a impunidade) é amiga íntima da violência* – tal constatação de modo algum elide a obediência aos Princípios Constitucionais requestados, que fundam o Estado Democrático de Direito, e que por excelência implica na observância às regras de competência atuais, impondo assim que os dois casos sejam processados e julgados pela Justiça Penal Estadual, única competente para tanto!

## **BIBLIOGRAFIA**

ARAS, Vladimir. *Federalização dos crimes contra os direitos humanos*. Texto extraído do Jus Navigandi. <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>



## EL JUICIO POR JURADOS Y SUS PISIBLES BENEFICIOS PARA LA DEMOCRATIZACIÓN Y PUBLICIDAD DEL ACCIONAR DE LA JUSTICIA

Jorge O. Bercholz \*

*Profesor*

El reimplantado debate sobre el instituto del juicio por jurados no parece haber ido mucho más allá de ciertas fórmulas rituales y lugares comunes ya expresados en otras épocas. A lo sumo se han oído algunas voces novedosas desde perspectivas constitucionalistas, pero poco se ha dicho sobre los potenciales beneficios que el procedimiento puede aportar a efectos de una mejora de la calidad democrática del accionar del poder judicial.

Desde un enfoque politológico y sociológico, el juicio por jurados puede ayudar a revertir y/o suplir algunos déficit democráticos y republicanos muy serios que presentan los procedimientos actuales en relación a: i) la **participación** ciudadana en la administración de justicia; ii) la **publicidad** de los actos de la jurisdicción y iii) la **representación** de los intereses diversos de la comunidad a través de un reclutamiento de jueces que responda eficaz y fielmente a clivajes variados, de género, estratificación social, de orientación ideológica, de lugar de procedencia.

---

(\*) Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado en Procesos de Integración Regional y Relaciones Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado y de Posgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

## **1. JUICIO POR JURADOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

La seria crisis de legitimidad institucional en las agencias de los tres poderes políticos en los que se divide funcionalmente la administración del poder estatal, requiere de decisiones audaces a efectos de su superación. No se trata ya de dar respuesta a vacías consignas y frases hechas de cuño democratista, que a la postre pueden generar problemas de gobernabilidad, dada la escasa capacidad de respuesta de un Estado en crisis, ante lo que eventualmente sería una ola creciente de demandas sociales y políticas.<sup>1</sup> Se trata de procurar mecanismos eficientes para involucrar a los ciudadanos en las decisiones estatales. Así se puede aportar a la exigencia republicana de control de los actos de gobierno (en el caso las decisiones judiciales) desde dos clivajes diferentes pero íntimamente relacionados, la participación y la publicidad.

Para ello la participación concreta, activa y objetiva de ciudadanos comunes en la impartición de justicia a través de la conformación de jurados populares, que generaría el denominado juicio por jurados, ayudara a suplir la ajenidad y lejanía que se percibe por los ciudadanos respecto a los jueces, a las leyes y a la suerte de propios y extraños en los laberintos kafkianos de los tribunales.

La participación de ciudadanos comunes en las decisiones judiciales, los situará ante graves dilemas a los que están expuestos los jueces a diario, cuando deben decidir entre bienes jurídicos plausibles y tutelados por las normas, pero excluyentes entre sí, que requieren decisiones complejas, muchas veces resueltas por factores valorativos, culturales, morales y de percepción político-social diversa.

Los ciudadanos adquirirán súbita conciencia de las implicancias y tensiones que se afrontan al tomar decisiones judiciales sujetas a presiones, sociales, políticas, morales y ahora además, mediáticas.

La participación acortará la distancia de los jueces con los hechos sobre los que deben decidir, merced al aporte de los ciudadanos comunes. Estos resultarán factor coadyuvante para confrontar excesos tecnicistas, rigorismos formales, eufemismos encubiertos en el lenguaje críptico y hermético de las normas, los procedimientos y las sentencias. También para revertir las dependencias menos conocidas y más graves de los jueces. Dicho de otro modo, la falta de

---

<sup>1</sup> Para este análisis puede verse mi trabajo "Niveles de legitimación y expansión de la democracia en la Argentina", en "Temas de Teoría del Estado", Jorge O. Bercholz, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

independencia respecto de la propia burocracia interna y la existencia de intereses corporativos propios de todo tipo de organización.<sup>2</sup>

Esa participación no mediada, ni mediática, resulta una experiencia directa de los problemas que el poder judicial afronta en su tarea específica que, por supuesto, no garantiza ni mejores decisiones, ni más rápidas, ni más económicas, pero que sí proveerá a una mayor legitimidad del sistema, cuando observamos una seria crisis de dicho rubro en la actualidad.

No resulta poca cosa o una mera perla de discusión académica, el consenso que la población preste a cierto sistema político y a sus instituciones. La continuidad democrática de más de dos décadas en la región requiere respuestas sofisticadas y complejas que permitan una profundización de la participación de la ciudadanía, pero de una manera eficiente y comprometida que, a la vez, no ponga en juego la legitimidad del sistema. Ello se consigue con un compromiso responsable a través de la apertura institucionalizada de canales participativos para la ciudadanía. El involucramiento ciudadano en la administración judicial, puede abrir un horizonte nuevo y superador de la mera crítica y de la manifestación de descontento por el accionar judicial.

Además el juicio por jurados, aporta una doble vía participativa. Los denominados procesos de “judicialización de la política” y/o “politización de la justicia” parecen estar demostrando un comportamiento de redescubrimiento por los ciudadanos de la existencia del poder judicial y de su actividad jurisdiccional, como herramienta eficaz para la solución de conflictos de todo tipo, tanto en el ámbito del derecho público como privado. Entiéndase, no sostengo que la justicia en su estado actual esté en condiciones de resolver todo tipo de problemas, si no que, la ciudadanía está dispuesta a utilizar las vías judiciales para todo tipo de reclamos, lo que resulta novedoso pues es demostrativo de la legitimación alcanzada por el sistema. Tal comportamiento no deja resquicio para que los

---

<sup>2</sup> En este sentido Robert Michels en “Los Partidos Políticos” ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1979. Michels con su idea de “la ley férrea de las oligarquías” sostenía que toda organización se burocratiza y su cúpula tiende a oligarquizarse generando intereses y perspectivas propias que requieren estrategias y lenguaje que no resultan identificables ni coincidentes con los de sus representados. La cuestión de la independencia de la justicia no sólo debe abordarse respecto de los otros poderes políticos del Estado. La justicia puede ser dependiente, en el mal sentido, del clamor de la mayoría descuidando a las minorías o de intereses poderosos de ciertas minorías descuidando a las mayorías populares. También algunos autores sostienen que la dependencia interna de la propia estructura judicial es un problema casi mayor que el de la relación con los órganos políticos. En este sentido Zaffaroni en “El poder judicial y el poder” en El sistema penal argentino, pág. 48, Ad hoc, 1992. Binder en “Independencia judicial y delegación de funciones”, pág.305, hace referencia a la dependencia de la justicia de su propia estructura burocrática interna, existente en los propios juzgados dada por la excesiva carga de trabajo y por la rutina del mismo.

reclamos se realicen a través de formaciones o metodologías por fuera del sistema, con el riesgo de su crisis por carecer de consenso suficiente. Esta es una de las vías participativas, la que se genera por la creciente participación y mayor cantidad de demandas de la población a través de los canales institucionales que provee el poder judicial. La otra vía es la que puede generarse con el juicio por jurados. La ciudadanía asume así un segundo rol, el de ser parte del acto gubernamental y jurisdiccional de aplicación de la coacción estatal.<sup>3</sup>

## **2. JUICIO POR JURADOS Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE LA JURISDICCIÓN**

Si la participación hace su aporte a fin de suplir déficit democráticos; la publicidad en los juicios y del accionar judicial resulta vital para el control popular de las decisiones de las distintas agencias judiciales.

Sin embargo debemos advertir que el clivaje “publicidad” de los actos judiciales presenta serios problemas, que salvo excepciones, han sido superficial y equivocadamente tratados. Así se confunde a la publicidad de los actos procesales (el acceso público a los mismos a fin del control popular), con la visibilidad y transparencia (verlo todo, mostrarlo todo) que se les atribuye a los medios de comunicación masivos, en particular a la televisión.

¿Responde el discurso audiovisual televisivo, y su propia y particular sintaxis, a las exigencias de “publicidad” de nuestros códigos procesales? Es obvio que nuestros codificadores, cuando se preocuparon por tal cuestión, no conocían las futuras evoluciones de los medios electrónicos audiovisuales.

Sin embargo muchas sentencias judiciales argumentan equiparando la publicidad que exigen los procedimientos legales con la visibilidad que se puede obtener a través de los medios audiovisuales. Muchos jueces desde una posición soberbia e ignorante, se expiden sobre dichas cuestiones sin requerir la opinión de expertos semiólogos o licenciados en comunicación social o especialistas en temas de opinión pública y medios de comunicación.

La percepción de la realidad mediada y construida por los medios masivos a la que acceden los ciudadanos, está sometida a particularidades de tal complejidad que guarda escasa relación con la experiencia directa que con los hechos se tiene cuando estos son conocidos sin dicha mediación.

---

<sup>3</sup> En este sentido señaló Nino, que “el jurado tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal” Fundamentos de derecho constitucional, p. 451

De allí que el discurso audiovisual propio de los medios de comunicación electrónicos como la televisión, no pueda articularse mecánicamente con el concepto de publicidad de los actos procesales que exigen los códigos de procedimiento, desde que su sintáxis y características técnicas no resultan compatibles y en todo caso requerirán para su plena comprensión de una suerte de nuevo proceso de alfabetización respecto a sus modos y reglas discursivas.

El medio audiovisual genera un tipo especial de relación discursiva, dado el carácter **indiciario** y/o **iconográfico** de los signos propios de su sintaxis, donde se impone la imagen y lo videográfico.

Un signo siempre representa algo para alguien, se reproduce por medio de signos materialmente diversos, a un objeto, de un modo tal destinado a la representación, a la reproducción. El signo es una construcción ficticiamente sustitutiva respecto a la realidad y vale “como si” fuera la misma realidad.

Para Peirce<sup>4</sup> y su conocida clasificación, hay tres tipos de signos: **El índice, el icono y el símbolo.**

El **índice** y el **ícono** son signos cuyo significado se haya afectado y determinado por el objeto, no representan ni simbolizan al objeto, son el objeto, sin necesidad de decodificación, no requieren ningún esfuerzo de racionalización de los signos comunicantes. El índice implica una relación de contigüidad o de continuidad con el objeto representado, es la imagen del propio objeto. El índice corresponde a un efecto mecánico, la captura automática y motivada de la imagen del objeto reproducido.

El icono se haya respecto del objeto en una relación de analogía, se parece al objeto representado como un cuadro o un mapa.

La representación indicial no requiere del ejercicio de la conceptualización, la abstracción y la racionalización, en rigor representa y reproduce poco como construcción sustitutiva de la realidad. Prácticamente materializa lo que muestra.

La representación indicial a la cual pertenecen lo videográfico y la representación audiovisual televisiva accede al sistema nervioso central, directamente como hecho consumado. La velocidad, la simultaneidad, la sensación vertiginosa producida por la ruptura de la estructura espacio-temporal que logra la representación indicial-televisiva, contribuye a una forma de interpretación proce-

---

<sup>4</sup> He seguido en las citas sobre Peirce a Armand Mattelart en “Historia de las teorías de la comunicación”, pág.26, 1997, Paidós; y a Umberto Eco en su Tratado de Semiótica General, 5º edición, 1995, Ed. Lumen, Barcelona.

sada y unificada, en cierto modo irracional y automatizada, donde se carece de sentido interpretativo o donde la interpretación posible ya ha sido efectuada y premoldeada.

La rapidez y la simultaneidad proveen de credibilidad y legitimidad al mensaje masivo. Los medios audiovisuales han suprimido la **estructura clásica espacio-temporal**, permiten a los hombres estar allí donde ocurren los hechos, **simultáneamente** con los acontecimientos, “en vivo y en directo” y **percibir el suceso a través de su propia imagen y su propio sonido, no a través de un símbolo o conjunto de símbolos que los representan.**

Para ello resulta funcional una técnica extrema de fragmentación, el formato de videoclip. Se trata de una mezcla de brevedad con rapidez, las imágenes son cortas, altamente fragmentadas, pueden contar historias en sentido tradicional o mediante la superposición y mezcla de imágenes articuladas artificialmente, sin una secuencia lógica o cronológica. Se trata de una narración acelerada, hiperveloz, pero no en cámara rápida, sino en otro tiempo, un tiempo que desafía los cánones tradicionales de la percepción, de la lectura, de la recepción.<sup>5</sup>

La etimología de la palabra simulación nos remite a la raíz “simul” que significa juntamente. Una acción de simulación cuanto más simultáneamente sea transmitida, tanto mejor para que sea creída.

La representación, la reproducción de un objeto a través de un signo, implica “**simulación**”, que además de reproducir, representar e imitar también significa, *fingir, engañar, mentir.*

De esta manera, los distintos signos que contribuyen a dar significación a un proceso comunicacional como medio para representar y reproducir ideas resultan el arte de la simulación, el medio por el cual, también se sabrá mentir engañar, fingir o montar una estratagema.

“El simulacro, la construcción ficticiamente sustitutiva respecto a la realidad vale como la misma realidad, sobre todo si le es contemporánea o si sus tiempos de aparición están de todos modos estrechamente coligados con los del objeto sustituido.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr. Damián Tabarovsky , en La estética del videoclip, en Clarín , suplemento cultural setiembre de 1995.

<sup>6</sup> Gianfranco Bettetini, “Por un establecimiento semio-pragmático del concepto de simulación”, compilación de A. Vachieri, El medio es la T.V., ed. La Marca, Buenos Aires, 1992.

La semiología se haya siempre implicada en problemas de simulación, la semiología es necesariamente simulación, en el sentido de disciplina que estudia todo lo que se puede usar para reproducir y representar y también para simular en el sentido negativo del término, tendiendo a persuadir a los receptores respecto de significados falsos, interesados o mentirosos. De este modo la semiología también estudia todo lo que puede usarse para mentir, Umberto Eco la cataloga como una “Teoría de la mentira”.<sup>7</sup>

Sin embargo la relación semiológica generada por una representación indicial produce una fuerte sensación de certeza, de verdad, respecto de lo que se está viendo. Se ha dicho que “la fuerza de una imagen vale más que mil palabras.”

A poco de analizar las características sintácticas y de internalización de un discurso audiovisual, observamos su incompatibilidad y dificultad de articulación con el discurso jurídico y con todo lo que a través del mismo se produzca. Por supuesto incluimos todo acto procesal que requiere de la publicidad prescripta normativamente, pero que por definición no resulta ser la “publicidad” -en rigor la visibilidad y transparencia- que otorgan los medios audiovisuales.<sup>8</sup>

Es que las características propias del discurso jurídico y en general de todo proceso judicial están emparentadas a un proceso dialógico, racional, argumentativo y conceptualizador. Para ello se vale de un componente significativo fuertemente simbólico, de acuerdo a la tripartición de Peirce.

El **símbolo** es un signo convencionalmente asociado a su objeto, la relación entre objeto y símbolo es arbitraria. Como símbolos, la escritura, la palabra, el ejercicio de la lectura, implican un grado de abstracción, de racionalización y de comprensión del significado de los signos comunicantes que requiere del ejercicio del pensar, de la conceptualización, de la capacidad de abstracción, de mantenerse activo mentalmente.

Las evidentes incompatibilidades y contradicciones excluyentes entre la sintaxis televisiva y la judicial producen serios conflictos en la percepción ciudadana de la actividad jurisdiccional. Si la visibilidad y transparencia televisiva, que

---

<sup>7</sup> Umberto Eco, ob. citada , pág.22.

<sup>8</sup> Es obvio que la cuestión excede las posibilidades espaciales de este artículo pero se puede consultar mi libro “Opinión pública y medios de comunicación. Nuevas cuestiones”, Jorge O. Bercholz, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003. Allí desarrollo estas ideas y además planteo en una investigación realizada, que los medios masivos tradicionales y que utilizan símbolos convencionales (los diarios en soporte papel) también se ven influenciados por la irrupción televisiva, produciendo un fuerte cambio en su formato y en su estilo de significación, generando lo que he dado en llamar mutación hacia el diario “televisivo”.

todo lo puede, logra “demostrar”(sic) en un programa de 30 minutos netos de duración la incontrastable “culpabilidad” de algún sujeto, hasta producir las pruebas autoevidentes de dicha culpabilidad merced a cámaras ocultas o algún otro efecto videoclíptico especial, para qué someternos a interminables, incomprensibles, y costosos procesos judiciales, que resultan mucho menos eficientes a tal fin. Es posible que en un grado importante, la crisis de legitimidad del poder judicial se relacione con estas equívocas sensaciones producidas por la visibilidad y transparencia televisivas, confundidas con la “publicidad” que se requiere de los actos procesales, y que insisto, no resulta compatible con el accionar mediático.

Pero, y el juicio por jurados, cómo se relaciona con tal cuestión? Pues la instrumentación de dicho instituto puede generar un modelo participativo que genere publicidad en sentido estricto, mediante el involucramiento directo de los ciudadanos en el proceso de impartir justicia, sin mediaciones, ni confusiones semióticas, ni internalizaciones incompatibles por el uso de un arsenal significativo (el discurso televisivo) no articulable con el objeto que se quiere “publicitar” (los procesos judiciales).

La tarea es absolutamente ardua y compleja. La publicidad en sentido estricto a través de la participación directa de los ciudadanos en la impartición de justicia, para la cual el juicio por jurados puede ser una vía más que eficaz, deberá confrontar con los mecanismos y efectos arrasadores de la comunicación masiva, potenciados y multiplicados por las novedades cotidianas y omnipresentes que ofrecen los medios audiovisuales, en especial la televisión.

### **3. JUICIO POR JURADOS Y REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DIVERSOS DE LA COMUNIDAD A TRAVÉS DE UN RECLUTAMIENTO DE JUECES QUE RESPONDA A CLIVAJES VARIADOS**

La teoría de la representación política tiende a generar un efecto de reproducción e imitación fiel de los variados intereses y diferentes características sociales de la ciudadanía, en la conformación y el reclutamiento del personal que integrará las agencias institucionales en las que se divide la administración estatal. Cuanto con mayor grado de fidelidad -entendido como un reflejo-espejo representativo (reproductivo, imitativo) de la composición social- sea plasmada institucionalmente la representación, tendremos una más acabada reproducción de la diversidad de clivajes que se entrecruzan en las sociedades modernas. Habrá individuos, grupos o sectores que se encuentren sobrerrepresentados

por más de una organización y otros estarán subrepresentados o directamente huérfanos de representación alguna con las posibles consecuencias y tensiones políticas que puede ello implicar.

El poder judicial, que resulta a priori el menos democráticamente representativo de los tres poderes del Estado, si medimos tal cosa por el método de reclutamiento de su personal, presenta diversos déficit de representación.

Un estudio sobre nuestro país de la socióloga Ana Kunz<sup>9</sup> demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la CSJN en el período 1930-1983 resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social posible en cuatro categorías<sup>10</sup>, un 17 % de los Ministros pertenecen al *Patriciado* y considerando que sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, habría un 750 % de sobrerrepresentación de ese estrato en la CSJN. La segunda categoría denominada *Estrato Superior* tiene un 39 % de Ministros en la Corte y un 8% sobre el total social lo que implica un 395 % de sobrerrepresentación; la tercera categoría, el *Estrato medio*, presenta porcentajes estabilizados del 39 % y 30 % respectivamente; la cuarta categoría el *Estrato bajo* tiene un 3,8 % de Ministros en la CSJN y un 60 % en el total social. Estos datos corroboran que se hayan sobrerrepresentadas en el más alto Tribunal del Poder Judicial las clases más aventajadas de la sociedad argentina y subrepresentada la clase baja y mayoritaria de la población.

Según Kunz, este estudio sobre la CSJN argentina refleja una tendencia también observable en los Estados Unidos, donde Mills en 1956 investigó el origen social de la clase política y concluyó en que el 58 % de los cargos políticos de alta categoría (Presidente y vice de Cámara de Representantes, Presidente de la Corte, miembro de gabinete) pertenecen a la clase alta y media alta, el 38 % a la clase media y media baja y sólo aproximadamente el 5% a la clase baja.

<sup>9</sup> Ana Kunz, "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)" en Estudios de Sociología y Metodología, pág.21/24, ed. Estudio, 2.000.

<sup>10</sup> Esta categorización la toma Kunz de Juan Carlos Agulla en La promesa de la Sociología, Ed. de Belgrano 1985. Según Agulla la composición de los niveles de análisis sería el siguiente: el *Patriciado* se conforma por familias que han tenido en el pasado histórico participación en la estructura de poder en la época de la colonia, la independencia y la organización nacional; el *Estrato Superior* se conforma por familias de hombres de negocios y profesionales económica y socialmente importantes; el *Estrato Medio* lo forman hombres de negocios de capital mediano, trabajadores calificados y empleados administrativos; el *Estrato Inferior* lo integran trabajadores semi-calificados, empleados poco especializados y obreros.

En Alemania un estudio del juez Walter Richter de 1959, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además el 60 % pertenece al estrato superior (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios) y el 35 % al estrato inferior (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior.<sup>11</sup>

En España, otro investigador observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.<sup>12</sup>

Estos datos nos demuestran el fuerte déficit representativo, considerando la extracción social de los jueces, que sufre el poder judicial con un sesgo muy marcado hacia la sobrerrepresentación de ciertas élites económicas, profesionales y burocráticas.<sup>13</sup>

Otro evidente déficit representativo se observa en la variable género, siendo que las mujeres son más de la mitad de la población del país, su participación en el poder judicial implica que se hallan subrepresentadas. Obsérvese que en la Corte Suprema Argentina, hasta las actuales designaciones de Elena Highton y Carmen Argibay, sólo una mujer, Margarita Argúas, había llegado al Tribunal. En instancias inferiores la relación por género presenta una tendencia menos sesgada, pero aun deficitaria, en un grado por determinar.

Podría referirme a otros déficit representacionales, pero en honor a la brevedad que me impone este espacio, remito a un trabajo de mi autoría donde me exployo sobre el tema.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Walter Richter, "Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse", en *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik*, 1960 pág.241-259. Citado por Renato Treves en *Sociología del Derecho*, pág. 179/180, Taurus 1978.

<sup>12</sup> José Juan Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid 1975 capítulo III.

<sup>13</sup> He desarrollado el tema más extensamente en "la independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad", ed. Ediar, Jorge Bercholc, Buenos Aires, 2004.

<sup>14</sup> "Aportes para una selección coherente y congruente de los Jueces de un Tribunal Constitucional. El caso de la Corte Suprema en la Argentina y sus recientes modificaciones." Jorge Bercholc, *Suplemento de Derecho Público de EL DIAL*, edición del 18.4.05.

El juicio por jurados también puede hacer un valioso aporte para la superación de alguno de los déficit marcados. La designación variada de ciudadanos de todo tipo de extracción social, ideología política, tendencia religiosa, origen racial, lugar de procedencia o pertenencia de género, para la integración de los jurados resulta una tentadora herramienta democratizadora del poder judicial.

#### **4. ALGUNAS RAZONES PARA LA DESCONFIANZA EN EL JUICIO POR JURADOS**

Hay quienes sostienen que el juicio por jurados resulta incompatible con un debido proceso garantista, pues la aquí rescatada participación popular que refleja más fielmente las diversidades sociales y culturales, se ve sometida a un irregular juego de presiones y especulaciones en el proceso de designación de los integrantes del jurado, en relación a las características del delito a juzgar y de las del acusado de haberlo cometido.

Se debilita la figura del juez imparcial, por un jurado colectivo cuya designación estará sujeta a las presiones de los abogados de las partes, tendientes a que la designación de los integrantes del jurado contemple características personales de sus miembros más favorables a sus intereses. Las diversas parcialidades intervinientes en el proceso de juzgamiento, producto de las procedencias diversas de los integrantes del jurado, generan un choque de parcialidades, en el mejor de los casos, si no, sólo la existencia de un jurado parcial por algún motivo –racial, social, religioso- que se contraponen a la idea del debido proceso que debe contar por definición con un juez imparcial.<sup>15</sup>

Contra este argumento se puede esgrimir que, la misma desviación de imparcialidad que puede sesgar a un jurado por las características de sus miembros, se observa en el personal judicial permanente de varios países, de acuerdo a sus características personales y técnicas, tal cual observamos en el apartado precedente de este trabajo.

En su caso, a fin de salvaguardar lo que puede proveer el instituto en términos de participación, democraticidad y publicidad, se deberá poner especial atención en la diversidad de las designaciones considerando las particulari-

---

<sup>15</sup> Véase el artículo de Rocha Campos Adolfo, Lexis Nexis, fascículo n° 3 del 21.1.04. Allí se citan una serie de casos ocurridos en tribunales de los EEUU, extraídos del trabajo de Fletcher George “Las víctimas ante el jurado” Ed. Tirant Lo Blanch, en los que los abogados de los acusados presionaron para manipular convenientemente a sus fines, la designación del jurado de acuerdo a las características, raciales, sociales, étnicas y/o religiosas de sus clientes.

dades de cada caso. Claro que la diversidad de clivajes a representar puede dañar criterios de eficiencia procesal, rapidez, costos y calidad técnica de las sentencias.<sup>16</sup>

## **COMENTARIO FINAL**

El juicio por jurados aporta serias posibilidades para una mejora en la calidad democrática, mediante la participación por doble vía y la superación de déficit representacionales. También promete una mejora republicana en el ejercicio del control ciudadano, mediante una adecuada publicidad de los actos jurisdiccionales a través de una inserción popular directa en la administración de justicia. Por lo que desde una perspectiva democratista y republicanista el instituto del juicio por jurados presenta posibilidades promisorias.

Sin embargo, nada garantiza un eficaz funcionamiento del instituto, si basamos el análisis desde una perspectiva de racionalidad “economicista-eficientista”, o incluso desde perspectivas “garantistas” del debido proceso, que esgriman argumentos en torno a la mayor demora, mayores costos, menor rigurosidad técnica y las decisiones de peor calidad que producirá el juicio por jurados.

Pero si bien es cierto, que no se vislumbra prima facie, que el juicio por jurados responda con mayor eficacia a dichos clivajes en clave “economicista-eficientista-procesalista”, tampoco el estado actual del arte nos brinda respuestas satisfactorias a los mismos.

En cambio, el juicio por jurados, propone mejores resultados que los actuales, en pos de una profundización de los métodos democráticos y republicanos en el accionar del poder judicial, tanto en la producción de sus decisiones, como en el reclutamiento de sus miembros.

En el fondo de los argumentos entrecruzados, subyace un debate no zanjado aun que involucra a la democracia, sus alcances y sus complejas articulaciones con criterios de gobernabilidad y de control republicano.

---

<sup>16</sup> Ver Rocha Campos, íd. Pág. 10 a 12.

# DAS QUESTÕES POLÍTICAS E DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

**Nagibe de Melo Jorge Neto**

*Juiz Federal / 10ª Vara - CE*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As questões políticas e as questões meramente políticas; 3. Os direitos fundamentais difusos e coletivos; 4. As políticas públicas; 5. O papel do Poder Judiciário; 6. As leis orçamentárias; 7. Conclusão.*

## **RESUMO**

O presente artigo pretende passar em revista o conceito de questão política e investigar acerca da possibilidade de controle das chamadas políticas públicas pelo Poder Judiciário. Leva em consideração o advento dos direitos fundamentais transindividuais de segunda e terceira gerações, no pós-guerra, com o surgimento do *Welfare State* e o papel do Poder Judiciário como agente da democracia participativa através do processo.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objetivo lançar um olhar sobre as chamadas questões políticas. É corrente, na doutrina tradicional, a referência a tais questões como um espaço livre da sindicabilidade judicial, sem, contudo, definir-lhe nitidamente o alcance. Sabemos que o princípio da separação dos poderes alija o Poder Judiciário de algumas decisões, atribuindo-as exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo. É inegável, por outro lado, que o Poder Judiciário exerce uma função também política, na medida em que suas decisões, não raras

vezes, direcionam ou determinam o fazer estatal. Mas o que é afinal uma questão política e em que casos o Judiciário poderia sobre ela ingerir?

A questão não é nova; já estava presente na célebre decisão *Marbury v. Madison*, tendo sido seus contornos brilhantemente traçados pelo *chief-justice* Marshall (BARBOSA, 1964). Nada obstante, o progressivo e interrupto evoluir das estruturas sociais, cada vez mais complexas, a presença cada vez mais eloqüente dos direitos sociais e transindividuais, a reclamarem a atuação por parte dos Poderes Públicos, impõe o repensar do problema.

A Constituição da República é a garantia suprema da implementação e efetivação dos direitos fundamentais, sejam de primeira, segunda, terceira ou quarta geração (BONAVIDES, 2001). Ante a inércia ou descumprimento desses direitos por parte dos Poderes Públicos, a sociedade civil vem, reiterada e incansavelmente, clamando pronunciamentos do Poder Judiciário, que, atônito, vacila entre o extrapolar de suas competências e a abstenção de decidir acerca das questões políticas.

A fim de atingirmos minimamente o intento, começaremos por investigar o que é, afinal, política, para depois podermos estabelecer o que vêm a ser as chamadas questões políticas e dentro delas situar as políticas públicas. As questões políticas imporiam ao Poder Judiciário a escusa de julgamento? As políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e dos direitos fundamentais transindividuais constituir-se-iam em questões políticas e, por isso, estariam isentas, da sindicabilidade judicial? E, por fim, quais os desdobramentos das respostas que procuraremos construir?

A legitimidade do Poder Judiciário, assim como suas próprias limitações orgânico-estruturais, não podem ser olvidadas na análise dessas questões. Há, ainda, outros questionamentos sem os quais seria difícil focar adequadamente o problema: a configuração moderna da democracia, a separação de poderes, seus limites e a possibilidade da atualização de suas estruturas e, imediatamente, a função do processo enquanto instrumento de participação popular. Essas questões serão, contudo, só levemente tangenciadas. Intentaremos, quando muito, sugerir algumas bases para o enfrentamento do tema. Preocupar-nos-á mais de perto o definir as questões políticas e o estabelecer as hipóteses em que ao Poder Judiciário é dado sindicá-las as políticas públicas.

## **2. AS QUESTÕES POLÍTICAS E AS QUESTÕES MERAMENTE POLÍTICAS**

Norberto Bobbio assim explica o significado do termo política:

Derivado do adjetivo polis (politikós), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo

sociável e social, o termo Política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada Política, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado, e sobre as várias formas de governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também normativas, dois aspectos dificilmente discrimináveis, sobre as coisas da cidade. (BOBBIO, MATTEUCI e PASQUINO, 2000, p 954).

Eduardo Bittar, de modo mais específico, destaca que

Política tem relação com os modos de organização do espaço público, objetivando o convívio social. Tem relação, também, com as formas de gerenciamento da coisa pública, dos recursos a ela ligados, com as estratégias de definição de critérios para o alcance de fins comuns, com a eleição das molas propulsoras do desenvolvimento social, com a definição de ideologias predominantes na constituição da arquitetura da sociedade. (2002, p. 27/28)

Partindo-se dessa acepção, a região política e, portanto, o conceito de questão política seria o mais amplo possível, como adverte Rui Barbosa:

Desde MARSHALL, no memorável aresto em que se sagrou a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no domínio desses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: *a região política*.

Mas em que termos se deve entender o horizonte desta expressão? Adotada em sua acepção ampla, ela abrangeria no seu raio a esfera inteira da soberania constitucional, baldaria absolutamente a competência, que para o judiciário se reclama, de coibir-lhes as incursões no terreno do direito individual, reduzindo essa competência a nada. O poder executivo e o poder legislativo são órgãos políticos do regímen; política é sua origem, seu carácter, sua atividade; políticas tôdas as suas funções. A se considerar, pois, a êste aspecto a situação desses poderes, não haveria um só de seus atos, para o qual não se pudesse reivindicar imunidade à sindicância dos tribunais; e o ascendente pretendido por êstes, como propugnáculo

das garantias constitucionais contra a usurpação do chefe do Estado, ou das assembléias representativas, seria pura e simplesmente uma burla. (BARBOSA, 1962, p. 96)

É preciso fugir dessa conceituação ampla. De modo geral e tradicionalmente entendido quer pela doutrina, que pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, questões políticas são aquelas que não podem ser objeto de sindicabilidade judicial. Essa definição importa, todavia, em uma petição de princípio e assaca uma outra pergunta: quais questões que, por serem estritamente políticas, não podem ser objeto de apreciação judicial?

Rui Barbosa, na esteira da doutrina norte-americana construída a partir da célebre decisão proferida no *Marbury v. Madison*, posiciona-se no sentido de que as questões políticas em sentido estrito dizem com a maneira de exercer o poder atribuído ao Executivo ou ao Legislativo, à conveniência e à oportunidade desse exercício. Destaca ainda o eminentíssimo Rui que não se pode falar em questão política em sentido estrito, ou, por outra, não se pode afastar o controle jurisdicional quando o ato político violar um direito individual constitucionalmente protegido. Sua conclusão é lapidar:

*Atos políticos do Congresso, ou do executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo.*

*Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.*

Se o ato não é daqueles, que a Constituição deixou à discricção da autoridade, ou se, ainda que seja, contravém às garantias individuais, o caráter político da função esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas. Necessário é, em terceiro lugar, que o fato, contra que se reclama, caiba realmente na função, sob cuja autoridade se acoberta; porque esta pode ser apenas um sofisma, para dissimular o uso de poderes diferentes e proibidos.

Numa palavra:

A violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções públicas, não é imune à ação dos tribunais.

*A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada excepcionalmente, abrange em seus limites a faculdade exercida.*

[Grifos no original] (BARBOSA, 1962, p. 108)

Gérson Marques de Lima, invocando Rui Barbosa, lembra que tradicionalmente se tem sustentado não poder o Judiciário se pronunciar acerca das questões meramente políticas, também denominadas questões simples, exclusiva ou puramente políticas (2001, p. 31). Para ele

*Meramente políticas* são as que se resolvem com faculdades *exclusivamente* políticas, através de poderes *unicamente* políticos, mediante critério *discricionário* da autoridade, e cujos requisitos não podem ser atribuídos à apreciação de outro Poder. As medidas propriamente políticas são discricionárias, no sentido de pertencerem à discricção do Congresso ou do Governo a oportunidade e a conveniência de sua adoção. (Idem, *ibidem*)

Ao posicionamento de Rui Barbosa, o autor traz o contraponto de Lourival Vilanova, para quem não há distinção definitiva entre atos políticos e atos judiciais. Segundo Marques de Lima

Na sua concepção [refere-se a Lourival Vilanova], a partir do poder constituinte, portador de atos políticos em sua maior discricionariedade de meios e fins, todos os fatos políticos, no interior do ordenamento, são fatos juridicamente qualificados. Inexistem questões só políticas vestidas de juridicidade. Às vezes, acrescenta, a qualificação de questões puramente políticas é dada pelo Poder Judiciário, como preliminar, afastando o seu exame por esse: o Judiciário não deixa de verificar a questão por ser política, mas a questão é política porque ele não a aprecia. Esta estratégia tem sido uma política prudencial adotada pela Suprema Corte norte-americana, ‘para afastar-se neutralmente dos conflitos de interesses, que escapam à mera técnica de apreciar jurisdicionalmente as controvérsias’. (LIMA, 2001, p. 32-33)

De tudo isso, pode-se concluir que as questões meramente políticas seriam aquelas que não podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário e não podem sê-lo porque estão no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo ou do Poder Legislativo e não interferem no exercício de um direito individual. Parece-me, por isso, que o problema da possibilidade ou não de apreciação das questões políticas pelo Poder Judiciário diz muito mais com a competência, definida pelo texto constitucional, de cada um dos Poderes da República

que com a natureza da controvérsia envolvida. Se a Constituição reserva um espaço de decisão à conveniência e oportunidade de um dos poderes, não pode um outro aí ingerir. Nessa vertente também se posiciona Gérson Marques de Lima, para quem

Mesmo no exercício das atribuições puramente políticas, os Poderes não podem contrariar a letra da Constituição, especialmente quanto ao processo formalizador e aos requisitos constitucionais indispensáveis para a concretização da medida. Qualquer ofensa neste sentido autorizará a sua submissão ao controle judicial. **Ficam-lhe imunes apenas os aspectos da conveniência e da oportunidade, em nome da necessária separação dos Poderes; restando as demais questões políticas – intrínsecas à medida – passíveis de controle judicial.** [grifo não existente no original] (LIMA, 2001, p. 33.)

### 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIFUSOS E COLETIVOS

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o surgimento dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações, os chamados direitos transindividuais, vêm dar uma nova configuração ao problema dos objetivos do Estado e da separação de poderes, e exige novas respostas.

Como aponta Rodolfo Camargo Mancuso (2001, pp. 732-733), invocando a lição de Fábio Konder Comparato, no alvorecer do Estado Moderno, de índole liberal, atribuía-se proeminência ao Poder Legislativo. O Estado cumpria a sua função básica ao legislar, estabelecendo condutas comissivas ou omissivas a serem observadas coercitivamente pelos súditos. Com o advento do Estado Social, a partir da segunda metade do século XX, o Estado, além de impor-se limites negativos, impõe-se objetivos a serem alcançados em benefício de toda a coletividade. Surgem os direitos sociais ou, mais apropriadamente, os direitos transindividuais, que, a rigor, não são titulados por nenhum particular, mas por toda uma coletividade: o direito à saúde, à educação, ao meio-ambiente saudável, ao crescimento econômico etc.

Tais direitos, dentro da concepção de Rui Barbosa, estariam excluídos da sindicabilidade judicial porque, de um lado, inseridos no âmbito de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo e, de outro, não caracterizados como direitos individuais. Havemos de convir, entretanto, que essa concepção, fundida no esplendor do liberalismo, não se presta mais a responder à realidade que nos inquire. Uma certa perplexidade ante o surgimento dos chamados direitos sociais foi assim expressada por Pinto Ferreira:

Questões políticas, no entender de Marshall, são aquelas que dizem respeito à nação e não aos direitos individuais. Os norte-americanos as chamam *political questions*; são os *actes de gouvernement* dos franceses, os *acts of State* para os ingleses e *Justizlose Hoheitsakte* para os alemães.

No século XIX e princípio do século XX era fácil distinguir entre o interesse nacional e os interesses individuais, para saber se a questão era política. Hoje em dia a situação é mais difícil em face da progressiva tendência ao intervencionismo por parte do Estado. Uma orientação socialista dificulta ainda mais essa apreciação. (FERREIRA, 1999, p. 424)

A doutrina moderna de inspiração alemã assentou que os direitos fundamentais são normas com estrutura de princípios, que guardam uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Os direitos fundamentais são mandados de otimização (*Optimierungsgebote*). Assim também, os direitos fundamentais transindividuais. Marcelo Lima Guerra, invocando Robert Alexy, assim os explica:

Os princípios são normas dotadas de uma estrutura aberta, as quais ao invés de comandarem a realização de uma conduta específica, “ordenan que se realice algo em la mayor medida posible, em relación com las posibilidades jurídicas y fácticas”. Daí ter Alexy definido os princípios como “mandados de otimização”, caracterizados, portanto, “por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferentes grados y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. E arremata Alexy: “El âmbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (2003, pp. 84-85)

A Constituição erigiu ao *status* de princípio diversos objetivos políticos a serem alcançados pelo Estado. Esses princípios apresentam-se muitas vezes como direitos fundamentais ora em uma dimensão subjetiva, ora em uma dimensão objetiva. Os direitos fundamentais devem ser prestados ao cidadão em um grau ótimo, atendidas as limitações fáticas e jurídicas.

#### **4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS**

De tudo quanto foi dito, podemos afirmar que todas as questões relacionadas ao dever e ao fazer estatal, ao estabelecimento de rumos e metas pelo

Estado, são questões políticas. Essas questões não estarão sujeitas ao controle judiciário na parte em que estejam confiadas à discricionariedade dos demais Poderes da República. Grosso modo, destaque-se de logo, a discricionariedade estará limitada pelo menos quanto aos aspectos formais da medida.

No que diz com os aspectos materiais, as medidas assumidas pelos demais Poderes da República devem guardar compatibilidade com os objetivos traçados pela Constituição. A margem de discricionariedade é, indubitavelmente, bastante ampla, mas o legislador ou o administrador estará, em última análise, jungido ao mandado constitucional de otimização.

As questões relacionadas ao direcionamento do Estado em busca de desincumbir-se dos seus fins são questões relacionadas à escolha a) dos objetivos estatais de curto, médio e longo prazos e b) das ações governamentais capazes de atingi-los. As questões políticas dizem, portanto, com a implementação de políticas públicas, sejam elas implementadas através da edição de instrumentos normativos tão-somente, sejam elas implementadas através de ações estatais propriamente ditas, por intermédio dos serviços públicos ou da intervenção do Estado na economia.

Convém destacar que os principais objetivos estatais não são objeto de escolha por quem quer que seja. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil já estão dispostos, por obra do constituinte originário, no art. 3.º da Constituição da República Federativa do Brasil, quais sejam, I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além desses, Willis Santiago Guerra Filho reporta-se à opção política ou fórmula política fundamental da Carta de 1988. Segundo ele

O primeiro artigo da Constituição de 88 define, assim, a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*, e elenca os princípios sob os quais ela se fundamenta. Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa *fórmula política*, explicitação essa que, por mais extenso que seja esse texto, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa, além de ser uma tarefa de primordial importância, principalmente nesse período inicial de vigência da nova Carta, em que vem sendo submetida a tantas – e, já por isso, questionáveis – reformas. (GUERRA FILHO, 2001, p. 19)

Os objetivos propostos pela Constituição da República podem, entretanto, ser atingidos por diversas vias, de acordo com variadas concepções políticas. Não há um caminho unívoco que possa ser apontado como o correto ou, ainda, opções políticas inevitáveis, a não ser as assumidas pela própria Constituição. Aliás, uma tal concepção seria frontalmente contrária ao Estado Democrático de Direito e ao pluralismo que deve presidi-lo. Esse é, como explica Andréas J. Krell, o “livre espaço de conformação” do legislador:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” (*Ausgestaltungsspielraum*). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da constituição. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e aos parlamento. (KRELL, 2002, p. 22)

É inegável, portanto, que um amplo espaço de discricionariedade é conferido aos Poderes Executivos e Legislativos dos três níveis da federação. Mas em que ponto acaba a discricionariedade dos poderes públicos? Quando e de que maneira o cidadão pode exigir do próprio Estado o estabelecimento de uma política pública, o cumprimento de uma política pública já assumida, ou, ainda, a modificação ou a interrupção de políticas públicas contrárias aos objetivos constitucionais ou de ações estatais contrárias às políticas públicas assumidas?

Aqui há de se diferenciar dois níveis de atuação governamental. Um na escolha da política pública; outro, na sua implementação. Frente a uma demanda por atendimento de saúde que afeta um bairro de uma grande cidade, por exemplo, o Poder Executivo municipal estaria obrigado a apresentar uma política pública para solucioná-lo. Seja mediante a construção de um novo hospital; seja mediante a reativação de um posto de saúde; seja mediante a transposição do atendimento para órgãos de saúde existentes em outros bairros. Esse é o primeiro dever do Estado. Uma vez apresentada a política pública escolhida, tem o Estado dever de implementá-la tal qual foi planejado.

O cidadão tem, portanto, o direito de exigir do poder público, por intermédio do Estado-juiz, que formule uma política pública para que seja imple-

mentado um certo direito fundamental. Uma vez concebida a política estatal, o cidadão tem o direito de vê-la implementada em prazo razoável. O Estado-juiz poderia, assim, determinar ao órgão público uma obrigação de fazer consistente da formulação de uma política pública razoável para a realização dos direitos, bem como, *a posteriori*, uma obrigação de fazer consistente na implementação da política pública formulada.

## **5. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO**

Na discussão jurídica das políticas públicas, estará em jogo saber se a concretização dos direitos fundamentais pelo Estado está sendo efetivada, consideradas as limitações fáticas e jurídicas, em um patamar ótimo. O Judiciário, por óbvio, não poderá escolher as políticas a serem efetivadas. A sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, além dos limites inerentes à competência constitucional de cada um dos poderes públicos – quando a constituição outorga aos representantes do povo legitimamente eleitos ou a outros órgãos estatais ampla margem de discricionariedade –, está também contida por limites técnicos, procedimentais e organizacionais do Poder Judiciário.

O Judiciário não tem como promover os mesmos debates que têm lugar no legislativo e muito raramente pode desenvolver estudos técnicos tão amplos quanto os desenvolvidos pelo executivo, além de não ter acesso à totalidade dos dados de que dispõe o administrador público. É a chamada reserva de consistência. O conceito vem da doutrina e jurisprudência norte-americanas e é assim sintetizado por Sergio Moro:

Por força do argumento democrático, já se afirmou que as interpretações judiciais exigem uma “reserva de consistência” para se sobreporem às interpretações legislativas.

Em sede de controle de inconstitucionalidade por ação, tal reserva exige que o Judiciário apresente argumentos substanciais de que o ato normativo impugnado é incompatível com a Constituição.

Se o caso for de inconstitucionalidade por omissão, não há decisão legislativa à qual o Judiciário deve sobrepor-se. Não obstante, o desenvolvimento e a efetivação da Constituição são sempre atividades que requerem cuidado, mesmo quando presente vazio legislativo, principalmente em virtude da carência de legitimidade democrática do Judiciário.

A intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar. (MORO, 2004, p. 221)

Nada obstante, é igualmente certo que o Poder Judiciário poderá decidir acerca a) da existência ou não de uma política pública; b) da compatibilidade da política pública existente com os preceitos constitucionalmente estatuídos – ocasião em que, como já vincado, deverá deixar amplo espaço de conformação ao legislador e ao administrador; e, finalmente, c) acerca da efetiva implementação da política pública estabelecida. Pode, ainda, atuar negativamente determinando a suspensão ou interrupção de políticas que afrontem os princípios constitucionais.

Nessa quadra, sobressai a importância da Ação Civil Pública, da Ação Popular e da Ação de Improbidade. Essas ações têm muitos legitimados, o que permite a capilaridade e democratização dos debates em torno das políticas públicas, além de possibilitar um controle mais efetivo, dada a maior proximidade aos órgãos responsáveis por sua execução.

O Supremo Tribunal Federal tem papel relevante no controle das políticas públicas, mas sua atuação tem também limites evidentes. É que em sede de controle abstrato de constitucionalidade o Supremo Tribunal não determina obrigações de fazer ou não fazer. Essa circunstância esvazia em grande parte o controle concentrado de constitucionalidade das políticas públicas a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A não ser nos casos de omissão inconstitucional – quando os poderes públicos têm o dever de adotar programas ou planos de ação políticos para o atingimento dos diversos fins constitucionalmente estabelecidos – e no caso da atuação como legislador negativo.

O aspecto mais importante da atuação do Poder Judiciário parece mesmo ser a atuação da primeira instância. A ampla utilização de ações civis públicas, ações de improbidade e ação populares têm contribuído para a democratização das decisões políticas tomadas pelo legislador ou pelo administrador.

O modelo da democracia representativa clássica parece estar à beira do esgotamento. As políticas públicas assumidas e desempenhas pelos poderes públicos são múltiplas e a centralização do debate acerca delas no parlamento torna impossível o seu efetivo controle pelo povo. São necessários novos instrumentos que permitam uma participação popular mais direta e provoque a publicização do debate acerca das políticas públicas. O processo civil pode funcionar como um desses instrumentos. Seja porque tem curso próximo das popula-

ções interessadas, seja porque dispõe de ações especiais, com uma multiplicidade de legitimados capazes de promover a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais mediante o controle das políticas públicas do Estado.

## **6. AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS**

As políticas públicas estão normalmente definidas nas Leis Orçamentárias, sobretudo no que diz com as despesas de capital. O controle das políticas públicas, ainda que as ignore, reflete inexoravelmente nas leis orçamentárias. Quando o Poder Judiciário propõe-se a controlar políticas públicas é inevitável que determine gastos, estejam ou não previstos na Lei Orçamentária. O § 1.º do art. 165 da Constituição da República estabelece que

§ 1.º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Já o § 2.º do mesmo artigo dispõe

§ 2.º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

O Superior Tribunal de Justiça vem adotando uma postura de vanguarda, seja para determinar a inclusão, na lei orçamentária, de verbas capazes de possibilitarem a implementação e execução das políticas públicas, seja determinando a própria execução de políticas públicas já disciplinadas em normas infraconstitucionais. Vale a transcrição dos seguintes acórdãos:

**ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.**

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.  
(STJ, 2.<sup>a</sup> T. REsp 493811/SP, rel. Ministra ELIANA CALMON (1114) DJ 15.03.2004, p. 236)

**ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.**

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido.  
(STJ, 2.<sup>a</sup> T. REsp. 429570 / GO, rel. Ministra ELIANA CALMON. DJ 22.03.2004, p. 277)

O período histórico-político que atravessamos, de elevadíssimo contingenciamento de gastos públicos para pagamento dos serviços da dívida, em detrimento das prementes necessidades sociais que se multiplicam de forma alarmante, está a reclamar da doutrina um estudo mais alentado acerca do controle orçamentário e, sobretudo, do direito à execução orçamentária. A postura de absenteísta por parte do Judiciário ainda prevalece quando a sentença é condicionada ou condiciona a execução orçamentária. Por óbvio que o Judiciário não pode ditar, ao seu talento, os gastos públicos, mas, como mostram os acórdãos da lavra da Ministra Eliana Calmon, soluções outras são possíveis.

## 7. CONCLUSÃO

O advento de novas categorias de direitos, nascidas do *Welfare State* intervencionista, no pós-guerra, diferentes dos direitos individuais subjetivos clássicos, está a exigir da doutrina e do próprio Poder Judiciário novas respostas às questões da jurisdicionalização das chamadas questões políticas e da possibilidade de controle judicial das políticas públicas.

As questões políticas derivam de direitos fundamentais, considerados em sua dimensão objetiva, os quais reclamam a efetivação de seu conteúdo em um grau ótimo, consideradas as limitações de caráter fático e jurídico. Está entre as funções do Poder Judiciário pronunciar-se acerca da razoabilidade na implementação das políticas públicas, ainda que, não estando efetivamente configurado o descumprimento do mandado de otimização, possa se valer da chamada reserva de consistência.

É possível, portanto, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, desde que preservado o espaço de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo, constitucionalmente estabelecido, o qual diz com a conveniência e oportunidade na escolha dos meios capazes de atingir os fins estatais definidos no texto constitucional.

Assim também, a implementação de uma dentre as muitas políticas públicas possíveis para a concretização dos objetivos estatais fixados nos direitos fundamentais é um imperativo constitucional, alheio à discricionariedade. O Poder Judiciário poderá, por isso, determinar uma obrigação de fazer contra o Estado ainda que a escolha da medida fique a critério do seu executor. E, uma vez escolhido o meio, a execução da medida é também devida e passível de controle judicial.

A complexidade da sociedade pós-moderna reclama espaço para o exercício da democracia no âmbito do Poder Judiciário, servindo o processo civil como instrumento de controle das decisões tomadas pelos representantes do povo. A centralização das decisões políticas no parlamento e a multiplicidade das políticas públicas que são todos os dias definidas torna impossível o seu efetivo controle no âmbito do próprio parlamento.

## BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. *Obras seletas de Rui Barbosa: trabalhos jurídicos*. vol. XI. [s/l]: Casa de Cultura Rui Barbosa, 1962.

- BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e filosofias políticas*: contribuição para a história das idéias políticas. São Paulo: Atlas, 2002.
- BOBBIO, Noberto; MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* [tradução Carmem C. Varriale et. al.; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais]. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago Guerra. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.
- GUERRA, Marcelo. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LIMA, Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*: estudo de casos – abordagem interdisciplinar. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. *Ação civil pública: Lei 7.347/1995 – 15 anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



# A APLICAÇÃO DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS: HÁ COMPROVAÇÃO DE EFICÁCIA NA NOVA LEGISLAÇÃO?

**Terence Dornelles Trennepohl**

*Professor*

*Sumário: 1. Alguns aspectos iniciais sobre a Lei dos Crimes Ambientais; 2. Disposições gerais; 3. Aplicação da pena; 4. Os crimes ambientais e a apreensão dos produtos e instrumentos para sua prática; 5. A ação e o processo penal; 6. As infrações administrativas; 7. A cooperação internacional e a Medida Provisória 2.163/2001; 8. Conclusões; Referências bibliográficas.*

## **1. ALGUNS ASPECTOS INICIAIS QUANTO A LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS**

O objetivo maior da Lei 9.605/98 foi suprir uma lacuna há muito existente na legislação ambiental brasileira, que aspirava acuidade e interesse por parte do Poder Público, com relação aos seus bens naturais.

Com a Lei dos Crimes Ambientais, resta ao administrador, e principalmente ao Ministério Público, agir com os instrumentos que lhe são disponibilizados para fazer valer o anseio da sociedade organizada, na luta por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

O que se busca com este breve ensaio é tecer considerações sobre alguns aspectos dessa lei; em suma, é verificar se se faz valer o direito regrado neste diploma para que o meio ambiente, sendo vítima de agressões, possa, com o auxílio da legislação ambiental disponível, recuperar-se e continuar a manutenção biológica de seus ecossistemas.

Alguns autores alocam, a lei dos crimes ambientais, como o último marco legislativo registrado na defesa do meio ambiente.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 3.ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 120.

O primeiro deles foi a Lei n.º 6.938/81, que versou a Política Nacional do Meio Ambiente; depois foi a Lei n.º 7.347/85, que lançou as bases da Ação Civil Pública, como instrumento processual destinado, precipuamente, à defesa dos interesses difusos e coletivos, mormente no tocante àqueles relacionados ao meio ambiente; ao depois, a própria Constituição Federal, com um marcante enquadramento do meio ambiente em seu texto; por fim, e não menos importante, a Lei n.º 9.605/98, que se busca tratar.

Para tanto, houve a necessidade de dividir os assuntos em 5 subtítulos, para visitar harmoniosamente a ação, o processo, os crimes, as infrações e as demais disposições da lei, a fim de averiguar a efetividade dessa novel legislação.

## **2. DISPOSIÇÕES GERAIS**

A Lei dos Crimes Ambientais não inaugura um novo ramo do Direito Penal, nem do Direito Ambiental, como soa entender. A aplicação desencontrada de multas e punições contra os atentados ao meio ambiente encontrou consolidação nesse diploma legislativo, pelo fato de reunir, num mesmo corpo, crimes contra a fauna, a flora, a prática de poluições, e até mesmo infrações contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, fatos estes que residiam esparsos em diversos textos de lei.

Resta claro hoje que não é só o agente, mas sim o mandatário que pratica atos contra a natureza. Daí a inovação da lei quando trata de responsabilizar o mandante da ação, e não só o agente subalterno da empresa que atenta contra o meio e pratica os ilícitos.

A lei traz em seu bojo, mais precisamente em seu art. 2.º, o preceito da responsabilização do administrador, diretor ou quem quer que poderia e deveria evitar o dano ambiental. Ocorre uma reprodução do art. 13, § 2.º, do Código Penal, na qual o administrador faz ou deixa de fazer algo que se espera dele.

No entanto, permanece o problema da prova, dificuldade presente na maioria dos danos ambientais, onde não se tem como atribuir responsabilidade sem encontrar o nexo de causalidade entre o ato do administrador e o dano causado. Daí a razão de maior parte da doutrina pugnar pela teoria objetiva ou do risco integral.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Tratamos do tema em longa análise, v. “As provas (complexas) no Processo Ambiental” In: *Novos Temas de Processo Civil*. CAVALCANTI, Bruno *et alli*. São Paulo : MP Editora, 2006, p. 379-391.

Porém, aqui não se defende isso.

Ao contrário.

Não deve o administrador responder em todos os casos, como se afigura na teoria do risco integral, mas somente naqueles casos em que havia uma expectativa de ação ou omissão na prática de algum ato, e em virtude dessa prática, ou de sua abstenção, resulte prejuízo ao meio ambiente.<sup>3</sup>

O problema se resolve facilmente quando em análise a autorização, ou melhor, a subordinação em que se encontram os empregados que praticaram um ato danoso. Persegue-se, assim, facilmente, a origem da ordem que resultou o dano.

Demais disso, para que haja responsabilização, tem que haver a possibilidade de se fazer algo que interrompa essa prática. Aquele que sabe, mas nada pode fazer, não responde pelo crime. Só vale a responsabilidade do administrador, gerente, ou mandatário, quando este podia e devia agir. Se, no entanto, ele praticou, há de se responsabilizá-lo.

Outro ponto importante diz respeito a maneira com que o dano ambiental e sua responsabilidade são tratados.

O ato de poluir não ocorre contra o particular, nem em detrimento de bens privados. Ocorre contra a coletividade e seus direitos difusos. Diz-se que, quando uma empresa procede a atos atentatórios ao meio ambiente, está a particularizar o lucro e repartir os prejuízos.

A Lei dos Crimes Ambientais, em seu art. 3º, busca resolver o antigo problema da responsabilidade penal dos agentes subalternos, subordinados, que anteriormente sofriam o ônus da pena, sendo facilmente substituídos em suas empresas.

Agora, pune-se a pessoa jurídica, pois representa o ‘todo’, e não o singular, como era o agente. Nessa visão sistemática, pode-se dizer que estão lançadas novas premissas de um Direito Penal Ambiental.

Com a evolução das sociedades e o aperfeiçoamento da indústria moderna, não é muito difícil constatar que os maiores poluidores não são os singulares, em suas relações com o meio ambiente, mas sim os conglomerados industriais e os próprios estados-nações.

---

<sup>3</sup> KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental. Objeções à teoria do “risco integral”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso em: 25 abr. 2006.

Portanto, já não era sem tempo buscar a responsabilidade e a punição de pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais.

O que essa responsabilização veio atender foram as peculiaridades trazidas pelo progresso, da qual também originaram-se o Processo Penal Eleitoral, a repulsa aos atos de Improbidade, a criação de Estatutos e Códigos, que fugiram da doutrina clássica e não deixaram que se perpetuassem injustiças no progressivo e ininterrupto caminhar da sociedade.

Com essa sobredita evolução, necessita-se muito mais educar o pequeno poluidor e solver o problema em larga escala.

Atendendo aos anseios de uma nova sociedade, e rompendo com barreiras do passado, como a máxima *societas delinquere non potest*, essa nova forma de responsabilização logrou êxito na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 3.º.<sup>4</sup>

Corretamente manda a Carta de 1988 que quem deve pagar pelo dano é a pessoa jurídica e não o agente, uma vez que a pessoa jurídica representa a vontade de seus administradores (membros).

Não há mais como suscitar discussões em torno da impossibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, uma vez que o preceito constitucional, mesmo que outrora relegado à alegação de possuir carga de eficácia programática, agora tem respaldo em lei que o regulamenta.

O que ocorria, e era possível, pela inexistência de regra infraconstitucional, era o questionamento da eficácia do art. 225, § 3º, da Constituição Federal. Isso foi sanado pela via legislativa, através da Lei 9.605/98.<sup>5</sup>

Ainda o art. 3º salienta que a responsabilização deve ser condizente com a pessoa jurídica, no interesse ou benefício da entidade. Tem que haver proveito para a pessoa jurídica.<sup>6</sup>

Ademais, as pessoas jurídicas de direito público também devem ser punidas pelos atos atentatórios ao meio ambiente, até porque comumente são as que praticam mais atos atentatórios contra o meio ambiente.

---

<sup>4</sup> CAPELLI, Silvia. “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em Matéria Ambiental: uma necessária reflexão sobre o disposto no Art. 225, § 3º, da Constituição Federal”. *Revista de Direito Ambiental*, nº 1. São Paulo: RT, 1996, p. 100.

<sup>5</sup> CASTRO E COSTA, Nicolao Dino de; CASTRO E COSTA, Flávio Dino; BELLO FILHO, Ney de Barros. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000, p. 59.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*, 2.ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 270.

O art. 4.º da lei traz a teoria da *disregard doctrine* do direito privado e a aplica nas infrações ambientais, para o caso da pessoa jurídica que não estiver firmada e regulada legalmente, ou quando os empregados, sem a anuência do responsável, deliberarem e cometerem o delito ambiental.

Nesses casos, a aplicação da sanção desconsidera a pessoa jurídica e vai buscar no patrimônio dos infratores a responsabilização do dano.

### **3. APLICAÇÃO DA PENA**

Toda e qualquer aplicação de pena, sob a mácula de ser injusta, tem de passar por uma dosimetria necessária, onde se buscará auferir motivos, causas, maneiras, condições de execução, dentre outros fatores.

Na lei ambiental isso não é diferente, pois o art. 6º atenta para esse fato e coloca à disposição da autoridade competente, que irá aplicar a pena, três fatores mensuráveis: a gravidade do fato, onde se observa o tempo de recuperação, irreversibilidade, entre outros fatores a respeito do dano; antecedentes do infrator, perseguindo as condutas anteriores que permitam ou não o abrandamento da pena; e a situação econômica do infrator, uma vez que determinadas grupos seriam incapazes de arcar com elevadas cifras, enquanto grandes conglomerados sequer sentiriam pequenos valores.

A lei traz ainda, em seu art. 7º e seguintes, devido à falência das instituições prisionais, a alternativa de penas restritivas de direitos, impondo ao juiz que substitua a pena quando inferior a 4 (quatro) anos. Ocorre que somente 8 crimes ambientais, previstos na lei, possuem pena superior a esse tempo.

Resta claro que as penas restritivas de direito do art. 8º dizem respeito as pessoas físicas, pois as pessoas jurídicas encontram restrição de direitos nos arts. 21 e 22.

São as seguintes as penas restritivas de direito das pessoas físicas:

- I - prestação de serviços à comunidade:* consistente em tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos (art. 9º);
- II - interdição temporária de direitos:* como proibição de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais e participar de licitações (art. 10);
- III - suspensão parcial ou total de atividades:* quando os preceitos que dizem respeito à proteção ambiental não estiverem sendo respeitados (art. 11);

- IV - *prestação pecuniária*: pagamento em dinheiro à vítima (coletividade) ou a entidade pública com fim social, não podendo ser inferior a um, nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos (art. 12);
- V - *recolhimento domiciliar*: recolhimento nos dias e horários de folga à sua moradia habitual (art. 13).

Quanto às penas, o art 14 trata das atenuantes, utilizando-se subsidiariamente, conforme o art. 79 da lei ambiental, das disposições do Código Penal.

Quanto as agravantes, faz o mesmo o art. 15, mencionando 17 ('a' a 'r') formas de agravar a pena, com a finalidade precípua de combater os ataques à natureza.

Os arts. 16 e 17 comentam duas figuras indispensáveis na atualidade do direito penal: a suspensão condicional da pena e o *sursis* especial, que se utilizam dos princípios atinentes ao Direito Penal, regulado no Código. Quanto à suspensão da pena, um detalhe importante: a Lei 9.714/98, aumentou para 4 anos o período da pena prevista no art. 16.

O art. 18 prevê o aumento da pena em até três vezes, mesmo se aplicado o valor máximo, quando esta mostrar-se ineficaz. Quando da edição de lei, o caso dos seguidos vazamentos de óleo, resultante de dutos da PETROBRÁS, nos Estados do Rio de Janeiro e Paraná, ensejaram a aplicação de multas com cifras próximas dos R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), três vezes maior que o limite fixado no art. 75 desta lei. O *quantum* do prejuízo será apurado através de perícia, consoante o art. 19.

Merecedor de maiores comentários, o art. 20 da lei ambiental determina que, através de sentença, o juiz fixará o valor mínimo para reparação dos danos. Aqui revela-se que decidido está quanto a existência do débito (o *an debeatur*), porém, falta o montante (o *quantum debeatur*) segundo ensinamentos de Castro e Costa.<sup>7</sup>

Quanto à titularidade para a execução, deve o Ministério Público atuar, e em o não fazendo, a pessoa jurídica de direito público interessada, vez que a vítima é a coletividade.

---

<sup>7</sup> CASTRO E COSTA, Nicolao Dino de; CASTRO E COSTA, Flávio Dino; BELLO FILHO, Ney de Barros. Crimes e Infrações Administrativas Ambientais. Editora Brasília Jurídica. 2000, p. 98.

As penas aplicáveis às pessoas jurídicas, elencadas no art. 21, são:

- I - multa*: penas pecuniárias que tem seu valor estipulado no Dec. n.º 3.179/99;
- II - restritivas de direitos*: que se subdividem em :
  - a) suspensão parcial ou total de atividades;
  - b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
  - c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações;
- III - prestação de serviços à comunidade*: consistentes no custeio, execução, manutenção de programas ambientais, sempre ensejando que a pessoa jurídica arque monetariamente com os prejuízos causados.

O art. 24 prevê a liquidação forçada da pessoa jurídica que tenha como fim permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental.

#### **4. OS CRIMES AMBIENTAIS E A APREENSÃO DOS PRODUTOS E INSTRUMENTOS PARA SUA PRÁTICA**

Tendo por premissa a brevidade e a desnecessidade de mencionar os tipos penais próprios que compõem a Lei dos Crimes Ambientais, sob pena do ensaio alongar-se por demais, remete-se a consulta à própria lei, que do art. 29 ao art. 69, tipifica atos e descreve condutas passíveis de punição, dividida em Seções, nos seguintes moldes:

*Seção I – Dos Crimes contra a Fauna* (arts. 29 a 37);

*Seção II – Dos Crimes contra a Flora* (arts. 38 a 53);

*Seção III – Da Poluição e outros Crimes Ambientais* (arts. 54 a 61)

*Seção IV – Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural* (arts. 62 a 65)

*Seção V – Dos Crimes contra a Administração Ambiental* (arts. 66 a 69).

Quanto à destinação dos bens apreendidos, o art. 25 dispõe que os animais serão soltos em seu habitat, os produtos perecíveis serão destinados a instituições científicas, e os instrumentos da prática criminosa serão vendidos, após sua descaracterização por meio de reciclagem.

## **5. A AÇÃO E O PROCESSO PENAL**

A ação penal que trata dos crimes ambientais é pública incondicionada, consoante o art. 26, portanto, cabendo ao *Parquet* a denúncia sem a espera de representação do ofendido.

No entanto, seguindo os passos do Código de Processo Penal (art. 79), a ação penal ambiental comporta ação subsidiária da pública, em havendo omissão do órgão.

A competência é concorrente entre União, Estados e Municípios, mas deve-se atentar para as competências constitucionalmente estabelecidas (art. 109 da CF), na qual as causas em que houver bens, serviços e interesse da União devem ser processadas na Justiça Federal, e as demais no âmbito da Justiça Estadual.

Os arts. 27 e 28 fazem menção a Lei 9.099/95, estabelecendo critérios e requisitos para os crimes de menor potencial ofensivo, com as alusivas modificações.

## **6. AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS**

As infrações administrativas presentes na Lei 9.605/98 são tipos penais abertos, porém tipificados em lei, detalhados e regulamentados através do Dec. 3.179/99, em seus arts. 53 a 59. Nesse ponto obedece ao princípio da legalidade, pois não caberia à lei esmiuçar o tratamento dessas infrações, sob pena de desfigurar seu objetivo principal, qual seja o de regular, através de norma geral, os crimes e as infrações ambientais.

Os arts. 70 e 71 fazem menção, em seus parágrafos, às autoridades competentes para lavrar o auto de infração, reafirmam o direito constitucional de petição ao Poder Público, corroboram o poder-dever da autoridade em apurar infrações, asseguram o contraditório e a ampla defesa, e estabelecem prazos para o processo administrativo: de 20 dias para defesa do auto de infração, 30 dias para julgamento do auto, contados de sua lavratura, de 20 dias para recorrer da decisão, e de 5 dias para pagar a multa.

Detalhe importante é que o prazo de 20 dias para o recurso não tem que ser garantido pelo depósito prévio de qualquer quantia, conforme outros procedimentos administrativos, que exigem até 30% do valor da multa para que se possibilite recorrer, o que não enseja mais discussões quanto à constitucionalidade dessa exigência.

As infrações administrativas são enumeradas no art. 72:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - embargo de obra ou atividade;
- VIII - demolição de obra;
- IX - suspensão parcial ou total de atividades;
- X – (VETADO)
- XI - restritiva de direitos.

Discussão atinente à ingerência do Judiciário ainda encontra-se no mesmo artigo de lei, pois se discute se pertence ao magistrado a possibilidade de interferir em critérios discricionários, pertencentes ao administrador, quando houver excessiva punição na esfera administrativa.

A jurisprudência vem entendendo que sim, tendo em vista o disposto no art. 5.º, XXXV, CF, que não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. De fato, deve haver, por parte do Juiz, apreciação quanto aos motivos que determinam a pena, calcado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não somente em anulando a pena, mas, inclusive, em a adequando aos ditames da razão, consoante doutrina ainda minoritária no país.<sup>8</sup>

Ponto também lapidar da nova lei diz respeito à destinação, proporção, valor e incidência única das multas aplicadas.

É sobre isso que tratam os arts. 73, quando destina os valores arrecadados a Fundos, tanto nacional, quanto estadual e municipal; 74, que estabelece proporções nas multas aplicadas; 75, que limita o valor da multa a R\$ 50.000.000,00, ressalvado o disposto do art. 18; e art. 76, que se dedica a

---

<sup>8</sup> Quanto à ainda minoritária doutrina, vide Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 198; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 8.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 563; precedentes do STJ: Resp n.º 176645/DF Min. José Delgado, DJ 26/10/98.

evitar o *bis in idem* da sanção pelo mesmo fato, realizado por diferentes entes federativos.

## **7. A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A MEDIDA PROVISÓRIA 2.163/2001**

A Lei dos Crimes Ambientais também revela nuances quanto a integração dos países na manutenção do equilíbrio do meio ambiente e subsidiariamente utiliza-se de outros instrumentos legislativos, tendo como norte a Constituição Federal, mais precisamente seu art. 4.º, quando em voga a reciprocidade de informações e atividades internacionais.

Assim os preceitos dos arts. 77 e 78.

Resta uma crítica, porém, a inovação legislativa posterior à Lei 9.605/98.

Trata-se da Medida Provisória 2.163/2001, que incluiu à Lei dos Crimes Ambientais uma espécie de ‘moratória’ aos criminosos do meio ambiente, para que estes a utilizem e não sejam punidos.<sup>9</sup>

Com redação no art. 79-A, a Lei perde muito de sua eficácia, com a possibilidade da celebração de um Termo de Compromisso com pessoas físicas e jurídicas para que estas possam promover correções em suas atividades poluidoras.

Dessa forma, suspende-se a aplicação das sanções pelo prazo mínimo de 90 dias e máximo de 3 anos, com possibilidade de prorrogação por igual período.

Manifestamente paliativa a solução do Executivo, que procedeu com desconhecimento da causa ambiental, que há muito clamava por maior rigor dos Poderes, e certamente influenciada por motivos políticos e não-sociais, tendo em vista interesses econômicos mais audíveis ao ‘interesse’ da Nação.

A previsão de regulamentação da Lei dos Crimes Ambientais encontra-se resolvida com a publicação do Dec. 3.179, de 21 de Setembro de 1999.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> A MP n.º 2.163-41/2001, acrescentou o art. 79-A, que traz a seguinte redação:

“Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

<sup>10</sup> Vide TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente. Multas e outras sanções administrativas. Comentários ao Decreto n.º 3.179/99*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

## 8. CONCLUSÕES

A Lei 9.605/98 agrega um precedente deveras importante na defesa do meio ambiente.

Sem dúvida, importa num novo marco de proteção ambiental.

O que se verifica, no entanto, é um absoluto descompasso da legislação ambiental, inaugurada definitivamente com a Lei 6.938/81, quando em comparação com a estrutura administrativa dos órgãos responsáveis pela sua implantação.

Em verdade, o direito revela nítido caráter instrumental, vital ao homem enquanto ser social. Em sua precípua função de ordenar condutas, ele valora fatos e bens, e ainda pondera a importância desses valores para as relações ocorridas na sociedade.

A obediência a essas regras pressupõe um caminhar constante e evolutivo, sempre em direção a resolução dos conflitos postos à apreciação da administração e do Poder Judiciário pelas partes diretamente interessadas.

Nada melhor para a degradação, e para os agentes responsáveis pelos danos ambientais, que o tratamento assistemático da legislação sancionatória.

Outros fatores também são apontados como empecos à efetiva aplicação da legislação, ao exemplo da falta de instrução e educação ambiental, o descaso com o tratamento do meio ambiente no tocante às prioridades políticas e, principalmente, a indefinição, ou pouca clareza, na repartição de competências ambientais, problema este dos mais tormentosos àqueles que atuam nessa área.

Parece cedo para atestar a real eficácia da lei dos crimes ambientais. O que é importante foi o fato de que um largo passo foi dado em direção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAPELLI, Silvia. “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em Matéria Ambiental: uma necessária reflexão sobre o disposto no Art. 225, § 3º, da Constituição Federal”. *Revista de Direito Ambiental*, nº 1. São Paulo: RT, 1996.

- CASTRO E COSTA, Nicolao Dino de; CASTRO E COSTA, Flávio Dino; BELLO FILHO, Ney de Barros. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000.
- KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental. “Objeções à teoria do ‘risco integral’”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso em: 25 abr. 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2004.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*, 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente. Multas e outras sanções administrativas. Comentários ao Decreto n.º 3.179/99*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- TRENNEPOHL, Terence Dornelles. “As provas (complexas) no Processo Ambiental”. *Novos Temas de Processo Civil*. CAVALCANTI, Bruno *et alli* (Orgs.). São Paulo : MP Editora, 2006, pp. 379-391.

# MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO

**Carlos Wagner Dias Ferreira**

*Juiz Federal / 1ª Vara - RN*

*Sumário: -1. Considerações Preliminares; 2. Teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais; 3. Mitigação da teoria da nulidade absoluta: tentativa de primazia da anulabilidade da declaração de inconstitucionalidade; 4. Críticas à manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; 5. Possibilidade de limitação dos efeitos no controle difuso e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 6) O Juiz monocrático e a flexibilização no caso concreto dos efeitos de inconstitucionalidade; 7) Conclusões.*

## **1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

A aferição da compatibilidade da legislação ordinária ou dos atos normativos com a Constituição consiste em um dos maiores desafios da jurisdição constitucional, sobretudo no campo da eficácia da decisão que a encerra. Os efeitos atribuídos à decisão do Judiciário que declara a inconstitucionalidade de dada norma legal assumem tamanho realce que passam a integrar, inclusive, o próprio conteúdo do julgado e repercutir na essência da incompatibilidade que se reconhece.

Inicialmente, a adoção do formato dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade teve como âncora a escolha do modelo de controle normativo das leis (difuso ou concentrado), pois, a depender da sistemática eleita, estar-se-ia a definir o caráter retrospectivo (efeito *ex tunc*) ou prospectivo (efeito *ex nunc*)

e, portanto, a natureza declaratória ou constitutiva da decisão que proclamava a incompatibilidade da lei ou do ato normativo com a Constituição. O exame incidental de constitucionalidade sinalizava a eficácia retroativa, enquanto o regime abstrato o efeito *pro futuro*.

É cediço que, na seara do controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, o legislador ordinário instituiu, no art. 27 da Lei nº 9.868/99, a faculdade ao Supremo Tribunal Federal de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, à vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conferindo eficácia *ex nunc*, por decisão da maioria de dois terços de seus membros.

Porém, interessante debate repousa em investigar se a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, alicerçada na teoria da anulabilidade, pode ser admitida também no controle difuso ou incidental, sem que haja preceito normativo que a preveja e, se for possível, se o juiz monocrático ou o tribunal ordinário desfrutaria de poderes para estipular a eficácia prospectiva da decretação da incompatibilidade com a Constituição, abandonando a teoria da nulidade, que preconiza a retrospectividade dos efeitos decorrentes da invalidade, desde o nascimento da lei ou do ato normativo.

Para tanto, é imperioso analisar se é possível desvincular e romper o binômio inconstitucionalidade/nulidade e admitir, em seu lugar, como regra geral, a relação inconstitucionalidade/anulabilidade no controle incidental, perscrutando, ainda, como essa última concepção vem sendo absorvida pelo ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, matriz primacial do regime difuso de constitucionalidade. Além disso, o presente ensaio irá examinar as críticas à adoção da manipulação dos efeitos da decretação da inconstitucionalidade no controle concentrado e o comportamento do Supremo Tribunal Federal nessa matéria.

## **2. TEORIA DA NULIDADE DOS ATOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS**

Logo no princípio, a doutrina americana entendeu que deveria prevalecer a teoria declaratória da nulidade dos atos contrários à Constituição reconhecidos pelo Poder Judiciário, inspirada nos movimentos libertários de independência das 13 (treze) colônias americanas em relação à metrópole Inglesa, distanciando-se do ideário que conferia primazia à supremacia do parlamento, e espe-

cialmente sob a influência dos textos escritos por Hamilton, Madison e Jay, publicados na imprensa jornalística<sup>1</sup>.

A discussão que se estabeleceu na sociedade americana residia em questionar se o Poder Judiciário poderia declarar a invalidade de leis confeccionadas pelo Legislativo, que estivessem em desconformidade com a Constituição. Acabou prevalecendo a tese de que os representantes do povo não poderia gozar de mais poderes do que o próprio povo. A Constituição americana de 1787, segundo se sustentava, desejou colocar os tribunais integrantes do Judiciário entre o povo e os legisladores, para justamente limitar a atuação da legislatura, o que só poderia ser desencadeado se fossem outorgados àqueles o poder de declarar a nulidade do ato legiferante. A lei editada pelo Legislativo que falseasse a Constituição não poderia ter validade e, portanto, deveria ser acoimada de nula, sob pena de o constituinte desfrutar de menos poderes do que os constituídos<sup>2</sup>.

O pronunciamento a respeito da inconstitucionalidade de determinada lei no modelo americano do controle incidental, nesta trilha, recebeu a marca de verdadeiro ato declaratório, porquanto cabia ao juiz, no exame do caso concreto, resolver o litúgio referente a posições subjetivas das partes envolvidas, reconhecendo, desde o nascedouro, a incompatibilidade da legislação invocada com a Constituição dos Estados Unidos de 1787. O juiz apenas e tão-somente declarava aquilo que já existia desde a edição da lei: a inconstitucionalidade. Surge daí o embrião para que fosse cunhada a expressão “declaração de inconstitucionalidade”.

Sendo a Constituição o texto ápice antecedente cronologicamente, era até natural defender-se que toda lei editada que se afigurasse contrária a ela o seria desde o seu nascimento, uma vez que jamais deveria ter sido elaborada e ingressado na ordem jurídica. A declaração de inconstitucionalidade implicava necessariamente a nulidade da lei *ab initio*, também denominada nulidade de

---

<sup>1</sup> Os vários textos confeccionados por eles formataram a obra que passou a ser chamada “O Federalista”, que foi traduzida várias vezes em vernáculo português, sendo uma delas a vertida por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

<sup>2</sup> No capítulo dedicado à inamovibilidade do Poder Judiciário, Hamilton ressalta, até por uma questão de lógica e de supremacia constitucional, que: “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.” (Ob. cit., pág. 459).

pleno direito, na medida em que se entendia a incompatibilidade como a ausência dos elementos essenciais que a identificavam, o que acarretava a carência de produção de efeitos jurídicos desde a origem e a impossibilidade de ser ratificada ou sanada.

A aferição da validade do ato vinculava a conseqüência a ser atribuída na esfera da eficácia. Todo ato inconstitucional e, portanto, inválido, era, no plano da eficácia, inteiramente nulo. A eficácia não seria *ex nunc*, mas sempre *ex tunc*. Em hipótese alguma, a lei declarada inconstitucional poderia produzir efeitos, a não ser os decorrentes da invalidade *ab origine*.

Outro aspecto também poderia justificar a consolidação da tese da nulidade do ato inconstitucional no âmbito do controle incidental. A decretação da inconstitucionalidade colimava o deslinde do caso trazido a juízo e, no mais das vezes, esse reconhecimento só adquiria relevância para a solução do litígio, se se declarasse a contrariedade à Constituição desde o nascimento da lei que suscitou o conflito. No controle concreto, o que sempre se almejou, a bem da verdade, nunca foi a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da lei, mas que essa decretação tivesse reflexo direto e relevante na solução da hipótese submetida a julgamento<sup>3</sup>. Se a declaração não retroagisse desde à data da instituição da lei ou do ato normativo, muito provavelmente de nada adiantaria o pronunciamento de inconstitucionalidade. Aliás, dificilmente alguma parte iria se sentir motivada a ingressar com uma ação no Poder Judiciário, se houvesse a possibilidade de o juiz conceder efeitos futuros a uma declaração de inconstitucionalidade de lei que causou o estopim de conflito intersubjetivo pretérito.

De outro lado, nem sequer se cogitava conceber a inconstitucionalidade sob a feição da anulabilidade do ato legiferante, que se referia a elementos intrínsecos do ato e, por isso mesmo, gerava efeitos menos rigorosos e limitados.

Já, no modelo abstrato, cujo sistema jurídico admite plenamente a possibilidade de o juiz ou tribunal ordinário decidir a causa com base em lei suposta-

<sup>3</sup> Ao analisar detidamente o controle difuso de berço genuinamente americano, Juan Manuel López Ulla destaca os elementos principais, de caráter consuetudinário, que motivam o exame *incidenter tantum* de constitucionalidade das normas no caso concreto debatido em juízo: “a) el caso planteado ha de encerrar la lesión por una ley de un interes constitucionalmente protegido, directa o indirectamente; ha de tratarse de un interés personal y preciso y de una lesión realizada o inminente; b) el tribunal sólo decide la inconstitucionalidad a instancia de parte y unicamente en cuanto tal decisión sea necesaria para fallar el caso planteado; c) cuando la ley es susceptible de dos interpretaciones, el Tribunal escoge la que asegura su validez; y d) la declaración de inconstitucionalidad no debe ser hecha jamás, excepto en un caso claro o cuando al menos existe duda razonable” (*Orígenes Constitucionales del Control Judicial de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1999, págs. 36/37).

mente inconstitucional, face à reserva de declaração ser atribuída exclusivamente às Cortes Constitucionais, o regime de eficácia da decisão podia ostentar contornos diversos daquele presente no difuso e conviver, sem maiores embates, com a teoria da anulabilidade.

No Brasil, a concepção de nulidade da decretação da inconstitucionalidade ganhou profundo prestígio com a introdução do sistema americano de controle incidental de constitucionalidade das leis e dos atos normativos na Constituição Republicana de 1891, que teve como um de seus maiores defensores Ruy Barbosa<sup>4</sup>.

Neste contexto, parece ser matéria relativamente tranqüila a adoção pela literatura pátria, no tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, da teoria da nulidade das leis, como bem se depreende das ensinanças de Teori Albino Zavascki<sup>5</sup> e Zeno Veloso<sup>6</sup>, não se constatando, ao menos, o esboço crítico dessa doutrina, mesmo quando se põe em xeque a boa-fé e a segurança

<sup>4</sup> Arrematava Ruy Barbosa, como lição praticamente inabalável e indiscutível, que “Toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo” (*Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, pág. 47).

<sup>5</sup> Teori Albino Zavascki afasta qualquer tentativa de considerar a decisão de inconstitucionalidade como constitutiva, ao lecionar que: “A sentença que afirma a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória: ela declara que a norma é compatível com a Constituição e, conseqüentemente, é válida. Da mesma forma, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. ‘A Corte’, explicou o Ministro Brossard, ‘verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*” (*Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, págs. 48/49).

<sup>6</sup> Para Zeno Veloso, “a lei inconstitucional existe, goza da presunção de legitimidade, conferida a todas as normas, é eficaz, mas é inválida. A eficácia implica a executoriedade. Porém, se a lei inconstitucional tiver reconhecer judicialmente sua inconstitucionalidade, a sentença fulmina-a desde o início, operando *ex tunc*. A dita lei, que já era inválida, torna-se retroatividade ineficaz. E esta solução, sobretudo, é lógica. Ao se admitir algum efeito à lei declarada inconstitucional, ela teria revogado a Constituição, o que é absurdo e compromete toda a estrutura escalonada de nosso sistema jurídico” (*Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pág. 185)

jurídica daqueles confiantes na constitucionalidade de leis que serviram de base à celebração de negócios jurídicos e à prática de determinados atos.

### **3. MITIGAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE ABSOLUTA: TENTATIVA DE PRIMAZIA DA ANULABILIDADE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

No entanto, por mais que se sedimente ainda hoje na doutrina brasileira a prevalência da teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade, pelo menos desde 1949, a literatura jurídica pátria, principalmente através do magistério de Lúcio Bittencourt, vem caminhando no sentido de relativizar a concepção da retroatividade dos efeitos da decisão que promana a contrariedade à Constituição, por reconhecer que a decretação simplesmente não apaga os efeitos fáticos produzidos durante o período em que se acreditava na constitucionalidade<sup>7</sup>.

Esse desprestígio da técnica da nulidade da lei inconstitucional passou a ganhar fôlego devido à falta de fundamentos mais sólidos e de instrumentos que propiciassem a teorização dos efeitos da decisão, à semelhança do que se viu com o ‘*Gesetzeskraft*’ (força de lei) alemã ou com o *stare decisis* americano. A frustrada tentativa de generalizar a doutrina relacionada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mediante a intervenção do Senado Federal, que fora consagrada pela Constituição de 1934 e reproduzida nos textos subsequentes, não contribuiu para a consolidação da teoria da nulidade, pois conceder a um órgão político tal poder mais a negava do que a afirmava<sup>8</sup>.

Demais disso, de certa forma, enquanto não considerados inconstitucionais, a lei ou o ato normativo podem, na prática, produzir efeitos, às vezes por

<sup>7</sup> Em precioso trabalho escrito ainda em 1949 sobre o controle de constitucionalidade das leis, alerta Lúcio Bittencourt que “essa doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário. O professor O. P. Field, que estudou longamente o assunto, demonstra que o referido princípio corporifica a doutrina tradicional, mas não pode ser considerado regra universal de direito – *it is not a universal rule of law*. E os tribunais têm que encontrar meios – e os têm encontrado – para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar” (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1949, págs. 148/149).

<sup>8</sup> Gilmar Mendes, *A Constitucionalidade do Art. 27 da Lei 9.868/99*. In: *Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Coordenadores: Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pág. 306.

anos, no mundo fenomênico, gerando no espírito dos indivíduos e da própria sociedade a presunção de validade que servem de premissas para a prática de atos e negócios jurídicos. Tornar sem eficácia esse período de tempo, por imperativo da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, em algumas situações, vulnera o Direito, ante a descontinuidade da disciplina legiferante sobre a matéria e a insegurança jurídica, justificando, por isso mesmo, o abandono da tese da nulidade da lei inconstitucional<sup>9</sup>. Neste particular, a teoria da anulabilidade e a conseqüente eficácia prospectiva buscam equalizar os princípios da constitucionalidade e da segurança jurídica. Quando se esvazia a segurança jurídica, o postulado da constitucionalidade deve ceder e, por conseguinte, admitir a limitação de efeitos jurídicos de lei considerada inconstitucional.

Mauro Cappelletti exemplifica várias situações reais em que a eficácia *ex tunc* atribuída à decisão de inconstitucionalidade não consegue destruir os efeitos já produzidos ao longo do tempo: lei que tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos, órgãos públicos e sujeitos privados; um funcionário, eleito ou nomeado com base em uma lei muito tempo depois declarada inconstitucional, que tenha longamente atuado em sua função; o Estado que, por muitos anos, tenha arrecadado um certo tributo; ou, ainda, uma pessoa que tenha recebido uma pensão ou celebrado determinados contratos, sempre com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional<sup>10</sup>.

Independentemente do modelo consagrado de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), sempre se há de indagar a respeito dos prováveis efeitos que a decisão declaratória de inconstitucionalidade pode repercutir na resolução do caso particular. A idéia de que o controle abstrato melhor se compatibiliza com a teoria da anulabilidade, e o concreto, com o da nulidade, não resiste a qualquer análise científica profunda acerca das teorias que a respaldam, uma vez que é inegável que, em ambos os regimes, indistintamente, a incidência dos efeitos retrospectivos pode se mostrar mais nociva ao Direito e à ordem jurídica do que a própria ofensa à Constituição.

E mesmo que se caia na tentação de se apegar à concepção que vincula os modelos à sistemática de eficácia de suas decisões, o que se percebe paulatinamente é um intercâmbio bem acentuado entre os dois regimes de controle de

---

<sup>9</sup> André Ramos Tavares, *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 264.

<sup>10</sup> O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, págs. 122/123.

constitucionalidade, em decorrência da progressiva aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo, com a crescente importância qualitativa e quantitativa do direito legislado nos países do *common law* e, de outro lado, com a presença cada vez mais intensa dos precedentes judiciais nos países do *statute law* (romano-germânico)<sup>11</sup>. Não raro se importam institutos que seriam próprios e peculiares a um dado modelo de controle de constitucionalidade, para complementarem ou aperfeiçoarem outro regime, sem que o desnature.

Tanto que Hans Kelsen, ao se debruçar sobre a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, mesmo se alicerçando na hipótese da Suprema Corte Norte-Americana, genuína matriz do modelo difuso, defende a predominância da teoria da anulabilidade, mormente porque, em casos que geram consequências jurídicas duradouras, o legislador também se encontra autorizado a interpretar as leis e essa inteligência deve ser preservada até a superveniência de decisão contrária do Judiciário.

Argumenta, com extrema logicidade, Kelsen que “Também é controverso se uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte deve ser considerada como nula *ab initio*. Uma interpretação nesse sentido da decisão da Suprema Corte significaria que tal decisão anula a lei de maneira geral e com força retroativa, abolindo-se assim todos os seus efeitos anteriores. Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é ‘nulo’ se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser ‘nulo’ significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade. A anulação pode ser retroativa e o ordenamento pode autorizar todo indivíduo a estabelecer a nulidade do ato, isto é, anulá-lo com força retroativa. Normalmente, porém, apenas certos

<sup>11</sup> Luis Roberto Barroso, *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. In: Revista de Direito do Estado, Pareceres, ano 1, nº 2, abril/junho de 2006, págs. 270/271.

órgãos da comunidade jurídica são autorizados a estabelecer a ‘nulidade’ de atos que se apresentam como legais”<sup>12</sup>.

Talvez a alteração do formato da linguagem jurídica patrocinada pela doutrina, sobretudo a lusitana, influencie a mudança de concepção, substituindo a associação automática que se faz da nulidade absoluta ou *ab origine* em relação à inconstitucionalidade pela prospectividade da eficácia. Nesta linha, Gomes Canotilho ressalta que “Nos tempos mais recentes, a declaração de incompatibilidade tem evoluído no sentido de sentença de bloqueio da aplicação da lei inconstitucional. Isto significa que a declaração de incompatibilidade fundamenta a não aplicação da lei até à emanação de um novo acto legislativo”<sup>13</sup>. Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade não passa de simples decisão que tão-somente impede a aplicação da lei, e não que a torna nula desde a origem.

#### **4. CRÍTICAS À MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Inúmeras críticas são formatadas para quem sustenta a adoção do modelo que flexibiliza os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no plano do controle abstrato, baseando-se na premissa de que, em regra, a eficácia *ex nunc* pressupõe sempre o exame preliminar próprio da medida cautelar, até porque, nesta hipótese, a concessão da tutela *initio litis* não afasta a vigência da lei até o julgamento final da ação.

Uma das primeiras críticas que se põe em desfavor da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade consiste na equiparação da atividade jurisdicional a de verdadeiro legislador. Isso se deve à crença de que conferir efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade significa dá validade à lei considerada inválida e, portanto, incapaz de produzir efeitos válidos. Estaria o juiz a declarar como válida determinada lei, durante dado intervalo de tempo, e, assim, lançando-a no mundo jurídico como texto normativo de hierarquia constitucional, o que se revelaria como típica função de legislador – ou mesmo constituinte – positivo. De acordo com esse entendimento, somente o legislador gozaria da capacidade de inovar o cenário jurídico, dando validade a uma determinada lei, nunca o juiz ou o tribunal.

---

<sup>12</sup> *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, págs. 308/309.

<sup>13</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 957.

Michael Zander também identificou essa suposta similitude de funções estatais em confronto com a legitimidade que a sociedade espera de um órgão jurisdicional, assinalando que “Um juiz que usa a revogação prospectiva tem também muito a aparência de um legislador: É discutível que, embora muitos juízes sejam inovadores na prática, na crença popular eles são ainda os ‘descobridores’ do direito, e não os “criadores”. Esta crença, como se argumenta, não poderia ser sustentada, se as opiniões judiciais fossem lidas da seguinte forma: ‘este precedente é fora-da-data e deve ser mudado, mas a mudança somente será efetivada a partir de amanhã. Este autor tem sérias dúvidas, tais como, se o público teria profundo respeito pela Corte que servilmente acompanhou o precedente, do que para um que tentou reconciliar o confronto reclamando de mudança e confiança. Contudo, a bem da aparência, existe outra fórmula que a Corte pode usar: ‘a regra que nós anunciamos hoje é e sempre foi a visão correta do direito. Contudo, reconhecemos a confiança que foi depositada na visão velha, nós não aplicaremos a visão verdadeira para os eventos ocorridos antes de hoje’”<sup>14</sup>.

Todavia, não é de hoje que se vem admitindo a atividade criativa do juiz ou do órgão jurisdicional e, não poderia ser de outra forma, já que, como adverte Mauro Cappelletti, a interpretação sempre implica um certo grau de escolha e, por via de consequência, de criatividade, com destaque para alguns domínios da ciência jurídica, como a justiça constitucional<sup>15</sup>. Como se não bastasse ainda, em circunstâncias consumadas pelo tempo, irreversíveis ou de reversão possível, porém com sensível comprometimento de outros bens e valores constitucionais<sup>16</sup>, pode não restar outro caminho ao juiz senão optar por manipular os efeitos decorrentes da pronúncia de inconstitucionalidade, quando ameaçadas a segurança jurídica e a própria estabilidade do ordenamento jurídico.

<sup>14</sup> No original em inglês, a lição de Michael Zander acha-se assim delimitada: “*A judge who uses prospective overruling has too much the appearance of a legislator: It is argued that however much judges are innovators in practice, in popular belief they are still the ‘finders’ of law, not its ‘makers’.* This belief, the argument runs, could not be sustained if judicial opinions read: ‘this precedent is out-of-date and ought to be changed, but the change will only be effective from today. This writer has serious doubts as to whether the public would have greater respect for a court that slavishly followed precedent, than for one that tried to reconcile the competing claims of change and reliance. However, for the sake of appearances, there is another formula that the court might use: ‘the rule that we announce today is and always was the correct view of the law. However, recognizing the reliance which was placed on the old view, we will not apply the true view to events happening before today’” (*The Law-Making Process*. Fifth Edition. London: Butterworths, 1999, pág. 353).

<sup>15</sup> Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, pág. 129.

<sup>16</sup> Teori Albino Zavascki, ob. cit., pág. 49.

Também não concorda com possibilidade de flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema constitucional brasileiro Ives Gandra da Silva Martins, destacando que, na esfera do direito tributário, poder-se-ia chancelar uma irresponsabilidade impositiva, dado que se correria o risco de vislumbrar exações inconstitucionais terem seus efeitos perpetuados e o Estado autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima, ante à decretação da eficácia prospectiva<sup>17</sup>.

Já Lenio Streck questiona o poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, com o advento da Lei nº 9.868/99, de especificar a data de início da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, enaltecendo que “nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito *ex nunc*, *stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”<sup>18</sup>.

Nada obstante isso, essas impugnações à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato, tal como ancorada no art. 27 da Lei 9.868/99, bem denotam a fragilidade dos argumentos que as fundamentam. A circunstância de se afigurar inapropriado flexibilizar os efeitos no campo tributário não invalida, por completo, o instituto em outras áreas, nota-

---

<sup>17</sup> Ives Gandra Martins, ao comentar o art. 27 da Lei 9.868/99, afirma não comportar o regime constitucional brasileiro a experiência alemã, que autoriza a manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade, arrematando, ainda, que “Seria como permitir ao assaltante ficar com todo o produto do roubo declarado até o momento em que houve sua condenação, proibido de voltar a roubar as mesmas vítimas depois de condenado” (*Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, págs. 205/206).

<sup>18</sup> *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, págs. 544/545. É de bom alvitre realçar, ainda, que as Constituições Alemã (art. 94.2 da Lei Fundamental de Bonn de 1949) e Espanhola (art. 165 da Constituição de 1978) delegam à legislação infraconstitucional (lei orgânica da própria Corte) a possibilidade dos respectivos Tribunais Constitucionais definirem os efeitos das decisões que pronunciam a inconstitucionalidade de leis.

damente as relacionadas a servidores públicos, a pagamentos de benefícios previdenciários, a procedimentos de persecução criminal, a contratos e negócios jurídicos já celebrados, dentre outras vertentes que ameacem a afetar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas.

De igual sorte, não merecem prosperar as críticas atinentes ao excessivo poder concedido ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 27 da Lei 9.868/99, porquanto é bastante comum não apenas a Corte Suprema, mas todos os juízes e tribunais integrantes do Judiciário, serem convocados a interpretar cláusulas vagas e ambíguas, comumente designadas como conceitos jurídicos indeterminados, complementando o preceito normativo com a carga valorativa e sobretudo volitiva do intérprete que emite o conteúdo decisório.

É certo – e isso parece ser inegável –, porém, que, a depender da eleição da matriz retrospectiva ou prospectiva, os juízes e tribunais, quando se referirem à revogação de precedente ou jurisprudência consolidada, poderão desenvolver comportamentos diferenciados, mostrando-se mais conservadores e com receio de realizar alterações abruptas de entendimento a respeito de uma determinada matéria, se for previamente estipulada a eficácia *ex tunc*, e, por outro vértice, no tocante ao efeito *ex nunc*, ficarem mais inclinados e ousados a modificar a posição pretérita, nos casos em que se afigure recomendável<sup>19</sup>. Contudo, esse suposto estímulo à alteração de posicionamento quanto à constitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser perfeitamente minimizado com a aplicação do princípio da presunção de constitucionalidade e da técnica da interpretação conforme a Constituição.

## **5. POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

De início, o regime incidental de controle de constitucionalidade poderia até assinalar o caráter declaratório de inconstitucionalidade e, por via de consequência, encerrar a nulidade *ab initio* da lei ou ato normativo considerado incompatível com a Lei Fundamental. Mas há muito se vem defendendo, como já dito, a completa desconexão do modelo adotado de exame da constitucionalidade e a sistemática de sanção da norma submetida à investigação. A ruptura da vinculação inconstitucionalidade/nulidade, na realidade, implica separar em duas categorias distintas a validade e a eficácia, atributos da norma jurídica. A ligação

<sup>19</sup> Marcelo Alves Dias de Souza, *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 159.

consequencial antes difundida pressupunha a concepção no sentido de que a eficácia fazia parte integrante da validade, ofuscando as diferenciações que as notabilizaram. A teoria que preconiza a diferenciação entre validade e eficácia coaduna-se com a anulabilidade e a produção de efeitos prospectivos na seara da decretação da inconstitucionalidade.

A despeito de Elival da Silva Ramos não anuir com o efeito prospectivo no plano concreto, acaba por reconhecer que a eleição do modelo difuso ou concentrado não define os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, fulminando qualquer idéia que vincule uma regra de identificação ao regime sufragado<sup>20</sup>. A circunstância de ser a inconstitucionalidade pronunciada na hipótese concreta não importa necessariamente em conceder efeito retrospectivo à declaração emanada.

A maior resistência à adoção da teoria da anulabilidade no controle incidental, como era de se esperar, deveria ter ocorrido no berço desse sistema de declaração de inconstitucionalidade - o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das normas -, máxime por envolver a apreciação de casos concretos que dependiam, para o seu deslinde, da definição da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição de 1787. Todavia, não foi isso que ocorreu. A despeito de cuidar de resolver situações subjetivas concretas, a jurisprudência americana, quando convocada a desvencilhar caso paradigmático, não hesitou em despertar para a prospectividade dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

Ressalta, inclusive, Gilmar Mendes que, mesmo a doutrina americana tão defensora da idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “the unconstitutional statute is not law at all”, veio a permitir, após a Grande Depressão, a partir da década de 30, a

<sup>20</sup> Esse trecho de sua obra bem delinea o pensamento que advoga: “o caráter difuso ou concentrado do sistema de controle não permite que se extraía uma regra de identificação, embora, em geral, a sanção de nulidade esteja associada ao controle difuso, isolado ou combinado com o concentrado. A sanção de anulabilidade, por seu turno, implicando ato de invalidação *a posteriori*, exige, também, para a prática desse ato a concentração de competência, já que não se conceberia uma lei que fosse anulada em alguns feitos e mantida, em sua validade provisória, em outras, mediante decisões com efeitos restritos ou *inter partes*. O ato legislativo, por sua própria natureza, apresenta amplo contingente de destinatários, direitos ou indiretos, o que impõe, paralelamente, que sua invalidação se faça mediante decisão única e de eficácia *erga omnes*, a qual, pela gravidade das consequências que apresenta, deve ser proferida por órgão superior da jurisdição ordinária ou por Corte Constitucional, consubstanciando controle concentrado de constitucionalidade. Não se compadece, portanto, o sistema de anulabilidade com o controle difuso. Todavia, o caráter incidental ou principal do controle não autoriza a seu respeito nenhuma regra de identificação, havendo certa tendência de combinar as duas formas de arguição da inconstitucionalidade (*incidenter tantum* ou *principaliter*), como sucede com as vigentes Constituições da Itália e Alemanha” (*A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, págs. 99/100).

necessidade de se estabelecerem restrições aos efeitos atinentes à declaração de inconstitucionalidade<sup>21</sup>, em virtude da perplexidade que provocava a retroatividade de efeitos a respeito da constitucionalidade de leis em processos criminais<sup>22</sup>. A questão tornava-se delicada nos casos em que havia condenações amparadas em leis ou práticas consideradas constitucionais, num primeiro momento, mas posteriormente declaradas inconstitucionais, em especial pela Suprema Corte Americana. Se fosse invocar a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, certamente o Estado teria que suportar inúmeras indenizações e ressarcimentos àqueles que cumpriram pena ou, de alguma maneira, tiveram as respectivas liberdades cerceadas.

Mas somente, com o caso *Mapp vs. Ohio* (1961), acendeu-se, nos Estados Unidos, a chama da tese da prospectividade da eficácia da declaração de inconstitucionalidade. Nele, a Suprema Corte Americana, afastando o precedente *Wolf vs. Colorado* (1949), reconheceu a inconstitucionalidade de determinado meio de prova obtido pela polícia na investigação criminal, à luz da 4ª Emenda da Constituição, e a sua conseqüente inadmissibilidade no juízo penal. Como decorrência disso, inúmeros *habeas corpus* foram impetrados perante a Justiça Americana, com a finalidade de assegurar a aplicação retroativa do novo precedente *Mapp vs. Ohio* aos casos já julgados e, conseqüentemente, às suas absolvições.

Sem embargo disso, ao examinar o caso *Linkletter vs. Walker* (1965), a Corte Suprema, na lavra do Justice Clark, entendeu que efeitos inteiramente retrospectivos não poderiam ser concedidos à decisão *Mapp vs. Ohio*, pois as regras estipuladas no precedente revogador tinham o claro propósito de desestimular as ações ilegais da polícia, proteger a privacidade das vítimas e uniformizar a atuação dos órgãos federais e estaduais com base nos mesmos padrões jurídicos<sup>23</sup>. Atribuir efeito *ex tunc* ao caso *Mapp* significaria trazer inevitável clima de insegurança jurídica aos órgãos estatais, que depositaram completa confiança na constitucionalidade dos atos praticados em conformidade com o precedente revogado.

Vale transcrever, neste palmilhar, trecho do voto do ex-ministro Maurício Corrêa, no julgamento da ADI nº 1.102-DF, pelo Supremo Tribunal Federal,

<sup>21</sup> *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999, págs. 265/266.

<sup>22</sup> Lúcio Bittencourt faz referência a essas decisões no campo criminal: *Norwood vs. State*, 101 So. 366; *Brewer vs. State*, 39 So. 927 e *Ex parte Siebold*, 100 U.S. 371 (ob. cit., pág. 147).

<sup>23</sup> Marcelo Alves Dias de Souza, ob. cit., págs. 169/170.

“Mesmo nos Estados Unidos, a Suprema Corte ao julgar o caso LINKLETTER v. WALKER, no ano de 1965, que se transformou em **leading case**, proclamou o entendimento de que a **retroatividade ou prospectividade** dos efeitos da declaração judicial relativa à inconstitucionalidade de lei não expressa um comando constitucional, o que significa dizer que os efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* não têm origem na Constituição americana, senão uma questão do **judicial policy**, sujeita, por conseguinte, a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto. E que mesmo antes, já a Corte Americana não reconhecia aos contribuintes de impostos o direito de reaver importâncias que já haviam sido recolhidas ao Erário, até o instante da respectiva suspensão de sua eficácia, consoante demonstrado no texto clássico de O. P. Field, in **The effects of na Unconstitutional Statue**, Minneapolis, 1935, originariamente publicada na Harvard Law Review, vol. 45, 1932, sob o título **The recovery of unconstitutional taxes**.”<sup>24</sup>

Aliás, no direito americano, por incrível que possa parecer, tem se intensificado a invocação da eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade no exame incidental, especialmente naquelas hipóteses de alteração de jurisprudência dos precedentes consolidados pelos tribunais (*prospective overruling*), desmitificando o dogma de que o efeito *pro futuro* não se afigura incompatível com o controle difuso, tanto que se desenvolveu, no ambiente jurisprudencial, segundo a especificidade do risco à segurança jurídica e à boa-fé dos cidadãos, duas versões da prospectividade (*limited prospectivity* e *pure prospectivity*)<sup>25</sup>. Essa preocupação em postergar efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis consideradas constitucionais anteriormente encontra-se assentada na influência que a jurisprudência americana, sobretudo a produzida

<sup>24</sup> Digno de nota que, nesta hipótese em que se decretou a inconstitucionalidade, na órbita concentrada, das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos empresários e autônomos que prestem serviço, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91, não prevaleceu a tese da eficácia *pro futuro* propugnada pelo Relator Min. Maurício Corrêa.

<sup>25</sup> Gilmar Mendes desperta para a falência, no direito norte-americano, da idéia de incompatibilidade da eficácia prospectiva ao modelo difuso, mas sobretudo instiga o debate em terreno pátrio, quando se tenta harmonizar os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), suscitando que: “A prática da *prospectivity*, em qualquer de suas versões, no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade. Há de se reconhecer que o tema assume entre nós peculiar complexidade tendo em vista a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex tunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*?” (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 295).

pela Corte Suprema, provoca no comportamento e nas ações das instituições e dos indivíduos americanos.

De outro pórtico, não obstante a relutância inicial em excepcionar a regra geral da nulidade absoluta da lei ou ato normativo inconstitucional, na lente da jurisprudência brasileira, ainda na década de 70, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 79.343/BA, por meio da lavra do Ministro Leitão de Abreu, reconheceu a natureza constitutiva à decisão que proclama a inconstitucionalidade no controle difuso<sup>26</sup>. Tratava-se de ação de consignação em pagamento proposta pelo inquilino, julgada improcedente nas instâncias ordinárias, relativa à discussão de aumentos de aluguéis, previstos para ocorrerem periodicamente em cláusula contratual de locação não-residencial, fundado no Decreto-lei nº 322/67, que fora declarado inconstitucional pela Corte Suprema<sup>27</sup>.

Já mais recentemente, embora tenha se rendido quase que pacificamente à teoria da nulidade no controle incidental, ainda é possível colher, após a Constituição de 1988, alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que, em casos excepcionais, quando se acham em risco a boa-fé e a segurança jurídica dos cidadãos ou da própria ordem jurídica, decide por projetar efeitos prospectivos às decisões que decretam a inconstitucionalidade<sup>28</sup>.

No RE nº 197.917/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo declarado incidentalmente a inconstitucionalidade de norma municipal que exorbitava os limites constitucionais do número de vereadores à proporção da população, em franca violação ao disposto no art. 29, IV, da Carta Política de 1988, resolveu prostrar os efeitos da decisão para a próxima legislatura, respeitando-se os mandatos os atuais ocupantes da câmara municipal, em atenção ao princípio da segurança jurídica, na medida em que eventual retroatividade da

<sup>26</sup> Interessante observar que, em que pese o voto do Ministro Leitão de Abreu ter abordado e defendido a teoria da anulabilidade das leis declaradas inconstitucionais no controle concreto, a decisão proferida pelo Pretório Excelso, seguindo a linha desencadeada pelo referido relator, terminou por não conferir efeitos prospectivos à pronúncia de inconstitucionalidade, porquanto se entendeu que o Decreto-lei nº 322/67 não foi sequer levado em consideração na convalidação da avença locatícia, daí não se evidenciando qualquer necessidade de tutela à boa-fé dos contratantes.

<sup>27</sup> RE 62.739-SP, Pleno, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 23/08/1967, DJU 13/12/1967.

<sup>28</sup> Recentemente, com o advento da Lei 11.417/2006, o Supremo Tribunal Federal ganhou mais um mecanismo legiferante tendente a restringir efeitos ou decidir que a súmula vinculante só tenha eficácia a partir de outro momento, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse jurídico (art. 4º), nada impedindo que o faça no ambiente do controle incidental de constitucionalidade das normas, mediante análise de recurso extraordinário.

decretação poderia resultar grave ameaça a todo o sistema legislativo em curso<sup>29</sup>.

Em outro precedente igualmente instigante ao debate, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal atribuiu efeito *ex nunc* à decisão exarada em sede de recurso extraordinário, que decretou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos arts. 8º, III, 10, parágrafo único, 13, § 4º, 17 e 33, IV, da Lei nº 8.112/90, em face do art. 37, II, da Constituição, que proibiu o provimento derivado como forma de acesso aos cargos públicos, por entender que, no período em que ocorreram os fatos (1987 a 1992), o entendimento a respeito do tema não era pacífico e somente em 1993, a Corte veio a suspender as suas respectivas eficácias<sup>30</sup>.

Entendimento semelhante também foi adotado em decisão proferida em ação cautelar inominada, na qual o relator Gilmar Mendes, inspirado na técnica da limitação dos efeitos no controle difuso, deferiu medida liminar para conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário em tramitação na instância inferior, até o final julgamento da matéria, baseado no temor de que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de lei editada pelo Município de São Paulo, que instituiu a “Operação Urbana Centro”, após já transcorridos seis anos desde o advento daquela norma legal, poderia acarretar a paralisação das obras, o descumprimento das obrigações assumidas capazes de gerar prejuízo à municipalidade e outros danos provenientes da ruptura de contratos firmados e com execução em andamento<sup>31</sup>.

Note-se, por oportuno, que o próprio Supremo Tribunal Federal, mesmo quando aprecia a questão da constitucionalidade no controle abstrato confrontando a lei em tese com o texto constitucional, sempre está a pronunciá-la à luz de parâmetros advindos das especificidades de casos concretos, sendo, assim, incompreensível se admitir em um modelo e não em outro.

## **6. O JUIZ MONOCRÁTICO E A FLEXIBILIZAÇÃO NO CASO CONCRETO DOS EFEITOS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Mais do que isso, o estudo da tese da modulação dos efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade no controle incidental traz logo à mente a

---

<sup>29</sup> RE 197.917/SP, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/03/2004, DJU 07/05/2004.

<sup>30</sup> RE 442.683/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/12/2005, DJU 24/03/2006.

<sup>31</sup> Pet 2.859-MC (Segunda)/SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/02/2005, acórdão publicado na RTJ 193.

dúvida de saber se o juiz monocrático ou o tribunal ordinário poderia invocá-la em situações submetidas à sua apreciação no exame do caso concreto ou se essa manipulação só poderia ser efetuada pela Suprema Corte, por força da aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99.

Situações dessa natureza podem ocorrer com mais incidência nas relações jurídicas de trato sucessivo, podendo-se imaginar a hipótese em que, mesmo se reconhecendo posteriormente (na sentença) a inconstitucionalidade da lei que respaldou a concessão inicial de tutela antecipada relativamente à outorga de benefício previdenciário, possa o juiz, no momento do julgamento derradeiro, conferir efeitos prospectivos a partir de sua prolação ou outro momento que entenda conveniente, por entender irrepetíveis os valores pagos indevidamente durante o período vigorante da tutela de urgência. Ou mesmo se debate, em juízo, os efeitos já produzidos de um contrato ou negócio jurídico celebrado com base em lei, cuja validade só é posta em discussão quanto à sua constitucionalidade após a contestação do réu.

Ao tratar da possível insegurança jurídica que poderia se instaurar em decorrência do distanciamento temporal entre decisões anteriores exaradas no sistema difuso, com eficácia *ex tunc*, e a decisão posterior, no sistema concentrado, com efeito *ex nunc*, Gilmar Mendes parece reservar unicamente ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de flexibilizar os efeitos de inconstitucionalidade no controle concreto, através do recurso extraordinário, não fazendo qualquer menção a essa possibilidade pelos juízes e tribunais ordinários<sup>32</sup>.

Entretanto, por mais que se hesite em conceder poderes ao juiz ou aos tribunais ordinários para promover a limitação dos efeitos da decretação de

<sup>32</sup> Gilmar Mendes compara o sistema de constitucionalidade português com o brasileiro, que também a exemplo do regime pátrio possui um modelo concreto ou incidental, pontificando que “É claro que, nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento (v.g., até a decisão *in abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, freqüentemente, os efeitos produzidos até à data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa. Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro. Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF” (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, pág. 297).

inconstitucionalidade, é forçoso reconhecer que a aferição incidental pressupõe necessariamente a análise da causa a ser decidida e, como tal, reclama íntimo contato dos órgãos jurisdicionais que a enfrentam. Não seria lógico, ao mesmo tempo, permitir que o juiz declarasse incidentalmente a inconstitucionalidade e o proibisse de estabelecer os efeitos de sua decisão, abrindo margem para que permanecesse de mãos atadas em ar contemplativo, mesmo vislumbrando o desmoronamento da boa-fé e da segurança jurídica das partes litigantes. A possibilidade de o juiz modular os efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso.

Ora, se o juiz desfruta do poder criativo para dizer o direito aplicável ao caso concreto, reconhecendo *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, nada o impede de estabelecer os limites temporais de eficácia de sua decisão. No âmbito de avaliação da compatibilidade com a Constituição, é bem provável que se encontrem os efeitos que a decretação de inconstitucionalidade pode projetar no mundo fático.

A dificuldade levantada por Gilmar Mendes consistente na complexa tentativa de harmonizar os dois modelos de controle de constitucionalidade no universo brasileiro, nas situações em que ocorram a incidência da eficácia *ex nunc* no plano concentrado e decisões proferidas com efeito *ex tunc* no seio da arguição incidental, pode encontrar solo fértil na modulação dos efeitos pelo próprio juiz ou tribunal ordinário, quando estejam em jogo um dos pilares fundamentais ao Estado de Direito: a segurança jurídica.

Nada impediria – antes, autorizaria – que o juiz ou o tribunal ordinário pudesse, após a definição da eficácia *ex nunc* no controle concentrado pelo Supremo, também conferir idêntico efeito nos casos concretos que fossem sujeitos à sua análise, até em decorrência do efeito vinculante que daquele emana. Com isso, melhor restariam harmonizados os dois regimes de controle de constitucionalidade, diante da fixação da mesma eficácia atribuída às decisões deles resultantes.

Explicita Jorge Miranda a mesma questão em tom permissivo quanto à flexibilização dos efeitos realizada por juízes e tribunais, ressaltando apenas o cabimento de recurso para o Tribunal Constitucional, quando sugere que “Problema delicado consiste em saber se a restrição de efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pode ser decretada também na fiscalização concreta e se, sendo nesta admissível, pode ser decidida por todos os tribunais ou apenas pelo Tribunal Constitucional. Vale a *ratio* do art. 282.º, n.º 4, analogamente no campo dos arts. 204.º e 280.º? Partindo do postulado de que a restrição é exceção, e não regra, e tendo consciência da volatilidade e até imprevisibilida-

de das situações da vida – ainda mais patente na fiscalização concreta do que na abstracta – julgamos que sim, pelo menos quando estejam em foco a segurança jurídica e a equidade. Se for um tribunal qualquer a fazer a restrição de efeito de inconstitucionalidade no caso concreto, a sentença será necessariamente recorável para o Tribunal Constitucional.”<sup>33</sup>. Outro não parece ser o entendimento de Victoria Iturralde Sesma, quando ensina que “Mientras se ha objetado que, después de la confusión de intereses en los años treinta, los tribunales han sido irrazonablemente tímidos respecto de la aplicación prospectiva, esta técnica ha sido aplicada en muchos casos en los tribunales estatales. La aplicación prospectiva se ha utilizado menos frecuentemente en los tribunales federales en parte, porque el Tribunal Supremo no ha declarado directamente su validez conforme a la Constitución federal. Pero los tribunales federales han usado la técnica em una serie de casos, y las dudas sobre su validez en los tribunales federales parece que no estan fundadas. La limitación prospectiva ha sido utilizada clandestinamente incluso por los jueces blackstonianos cuando lo necesitaban. La práctica ha sido expresamente invocada durante casi cincuenta años; su aceptación como un ejercicio propio del Poder Judicial se ha incrementado durante los últimos años, y hoy en dia se usa por una multitud de tribunales estatales; aunque por lo que respecta a los tribunales federales no ha sido establecida com carácter obligatorio”<sup>34</sup>.

Nesta esteira, portanto, nos casos em que o juiz singular ou o tribunal ordinário observe que a incidência retroativa da declaração de inconstitucionalidade possa trincar ou provocar fissura na estrutura que sustenta a ordem jurídica, em especial quando tender a adulterar bens, valores e princípios insertos na Constituição, deve preferir dar eficácia *ex nunc* à sentença proferida, preservando os efeitos produzidos e, no mais das vezes, já consumados à época anterior ao reconhecimento *incidenter tantum*.

## 7. CONCLUSÕES

Diante dessas considerações, podem ser inferidas as seguintes premissas à guisa de conclusão a respeito da possibilidade de modulação dos efeitos da

<sup>33</sup> No Brasil, o cabimento de recurso, para o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do juiz de manipula os efeitos da inconstitucionalidade, perde revelo, em razão da previsão na Constituição e na legislação infraconstitucional do recurso extraordinário (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 271).

<sup>34</sup> *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1995, pág. 183.

decisão que decreta a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso:

- a) fundada na supremacia constitucional, era até natural defender-se, inicialmente, que toda lei editada que se afigurasse inconstitucional o seria desde o seu nascimento, uma vez que jamais deveria ter sido elaborada e ingressado no ambiente da ordem jurídica, implicando, assim, a sua nulidade *ab initio*.
- b) de acordo com a teoria da nulidade, a aferição da validade do ato vinculava a consequência a ser atribuída na esfera da eficácia, ligando todo ato inconstitucional e, portanto, inválido, à sua consequente nulidade de pleno direito (eficácia *ex tunc*).
- c) malgrado se sedimente ainda hoje na doutrina brasileira, desde a introdução do sistema americano de controle incidental de constitucionalidade das leis e dos atos normativos na Constituição Republicana de 1891, a prevalência da teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade, pelo menos desde 1949, a literatura jurídica pátria vem caminhando no sentido de relativizar a concepção da retroatividade dos efeitos da decisão que promana a contrariedade à Constituição, por reconhecer que a decretação simplesmente não apaga os efeitos fáticos produzidos durante o período em que se acreditava na constitucionalidade.
- d) a lei ou o ato normativo, enquanto não considerados inconstitucionais, podem, na prática, produzir efeitos, às vezes por anos, no mundo fenomênico, gerando no espírito dos indivíduos e da própria sociedade a presunção de validez que servem de premissas para a prática de atos e negócios jurídicos, daí porque a retroatividade pode vulnerar o direito, ante a descontinuidade da disciplina legislativa e a insegurança jurídica.
- e) prevalece há muito a completa desconexão do modelo adotado de exame da constitucionalidade e a sistemática de sanção da norma submetida à investigação, não definindo, pois, a eleição do modelo difuso ou concentrado os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, de sorte que a circunstância da inconstitucionalidade ser pronunciada na hipótese concreta não importa necessariamente em conferir efeito retrospectivo à declaração emanada.
- f) a despeito de cuidar de resolver situações subjetivas concretas, a jurisprudência americana, quando convocada a desvencilhar caso que

envolvia a análise da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição de 1787, não hesitou em despertar para a prospectividade dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

- g) por mais que se hesite em conceder poderes ao juiz ou aos tribunais ordinários para promover a limitação dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade, é forçoso reconhecer que a aferição incidental pressupõe necessariamente a análise da causa a ser decidida e, como tal, reclama íntimo contato dos órgãos jurisdicionais que a enfrentam, não se revelando, assim, lógico permitir que o juiz declare incidentalmente a inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, o proíba de estabelecer os efeitos de sua decisão, especialmente quando existir ameaça de ofensa à boa-fé e da segurança jurídica das partes litigantes.
- h) a possibilidade de o juiz modular os efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso, já que, se o juiz desfruta do poder criativo para dizer o direito aplicável ao caso concreto, reconhecendo *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do ato normativo atacado, nada o impede de estabelecer os limites temporais de eficácia de sua decisão.
- i) nas hipóteses concretas em que o juiz singular ou o tribunal ordinário observe que a incidência retroativa da declaração de inconstitucionalidade possa trincar ou provocar fissura na estrutura que sustenta a ordem jurídica, em especial quando tender a adulterar bens, valores e princípios insertos na Constituição, deve preferir dar eficácia *ex nunc* à sentença proferida, preservando os efeitos produzidos e, no mais das vezes, já consumados à época anterior ao reconhecimento *incidenter tantum*.

## 7. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. In: Revista de Direito do Estado, Pareceres, ano 1, nº 2, abril/junho de 2006, págs. 261/288.

- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1949.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, e JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A Constitucionalidade do Art. 27 da Lei 9.868/99*. In: *Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Coordenadores: Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Págs. 305/331.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1995.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ULLA, Juan Manuel López. *Orígenes Constitucionales del Control Judicial de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1999.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. Fifth Edition. London: Butterworths, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PATROCINADORA PELO RESULTADO NEGATIVO DAS APLICAÇÕES DAS RESERVAS MATEMÁTICAS PELA ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - EFPC

**Carlos Antônio Silva**

*Advogado*

## RESUMO

Considerando a importância da Reforma da Previdência que vem sendo implementada, com destaque para o incremento da Previdência Complementar Fechada, vamos desenvolver, neste artigo, uma abordagem orgânica e sistêmica dos aspectos que induziram a referida reforma, por meio do estudo das principais modificações apresentadas pelo arcabouço legal que legitima e introduz (Leis Complementares n.ºs 108 e 109, 2.001) o novo modelo de Previdência Complementar, bem como de que modo a legislação civil e de consumo podem influenciar nas relações jurídicas previdenciárias complementares. Buscaremos, igualmente, avaliar o papel de cada um dos agentes que interagem nessas relações jurídicas, sempre com a principal preocupação de delinear a responsabilidade civil da patrocinadora das Entidades Fechadas de Previdência Complementar quanto aos resultados negativos na gestão dos recursos que são alocados ao Fundo de Pensão respectivo, além de abordarmos as causas que podem induzir aos resultados negativos, e algumas sugestões para proteção das carreiras dos fundos de pensão, as quais poderão evitar ou reduzir o risco de os resultados indesejados virem a ocorrer.

**Palavras-chave:** Reforma da Previdência. Entidade Fechada. Responsabilidade Civil. Proteção.

## **ABSTRACT**

Considering the importance of the Welfare system reforms which are being implemented, with emphasis on the increase of the Closed Complementary Welfare, we are going to develop in this paper, an organic and systemic approach to aspects which induced the reform, by way of the studying of the main modifications presented by the legal framework which makes it legitimate and introduces (Leis Complementares n.ºs 108 e 109, 2.001) the new model of Complementary Pension System, as well as the way civil and consumer legislation can influence in the juridical relationship of the complementary Pension System. We will also seek to evaluate the role of each agent that interacts in these juridical relationships, always with the main concern of delineating civil responsibility of the sponsor of the Closed Entities of Complementary Pension, regarding the negative results in the resource management which are placed with the respective pension fund. Besides the approach of causes which can induce the negative results and some suggestions for the protection of the pension funds portfolio which could avoid or reduce the risk of undesirable results.

**Key words:** Pension System Reforms. Closed Entities. Civil Responsibility. Protection.

## **INTRODUÇÃO**

Este artigo tem por finalidade abordar “*A Responsabilidade Civil da Patrocinadora pelo Resultado Negativo das aplicações das Reservas Matemáticas pela Entidade Fechada de Previdência Complementar - EFPC*”.

A crise mundial dos modelos de Previdência, oficial e privada, levou os governantes à preocupação de como corrigi-la e garantir o futuro daqueles que dependem de um ou de outro regime.

No Brasil, a reforma da previdência foi capitaneada pelo argumento de que a Previdência Oficial, proporcionada pelo Estado brasileiro, tornou-se incapaz de atender a crescente demanda por seus recursos.

O aumento da longevidade das pessoas que dependem do sistema, face aos avanços da ciência e da medicina, é apontado como principal fator para a crise.

Outro ponto que muito contribuiu para a alegada crise é a baixa taxa de fecundidade das mulheres, haja vista que as famílias reduziram o número de filhos, quando não optam por não tê-los.

Esses dois primeiros pontos combinados levam à redução da base contributiva da previdência oficial, uma vez que um número menor de pessoas ingressa no mercado de trabalho, mas, mesmo assim, usufruirá os recursos carregados para a previdência oficial.

O elevado índice de desemprego, com um indisfarçável aumento da economia informal, realça o problema no Brasil.

O sistema do mutualismo, onde os recursos que ingressam no sistema vão servir para o pagamento dos benefícios devidos aos indivíduos já aposentados, também contribui para agravar a situação.

Os fundos de pensão que adotam a modalidade de benefício definido, também se ressentem do problema.

Existem setores, entretanto, que afirmam não haver crise da Previdência Oficial, pois na verdade ela seria superavitária, e que tudo não passaria de uma manobra neoliberal para privatizar a previdência e privilegiar interesses de grupos particulares.

Afirmam, ainda, que os maiores problemas do regime oficial devem-se à péssima gestão desempenhada pelo Estado, às inúmeras fraudes contra os seus cofres, e a aplicação indevida de seus recursos.

Diante desse cenário, o Brasil tratou de criar todo um arcabouço legal a fim de introduzir a reforma defendida como necessária.

O ponto de partida foi a edição da Emenda Constitucional n.º 20, de 1998, e também das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, que estabeleceram como objetivos viabilizar o crescimento e desenvolvimento do Regime de Previdência Complementar, como alternativa para redução dos problemas da Previdência Oficial.

No Regime de Previdência Complementar Fechado agem como atores principais a Patrocinadora, a Entidade Fechada de Previdência Complementar, os participantes e assistidos, e os entes estatais ligados à normatização e fiscalização desse seguimento.

Dessa forma, patrocinadora ou instituidora, nos termos do Artigo 31 da LC 109, criam uma Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC, para administrar os recursos das contribuições dos seus empregados ou associados, e as suas próprias contribuições.

Neste artigo a abordagem ficará restrita à relação patrocinadora e os participantes/assistidos da EFPC constituída.

Na modalidade de benefício definido os recursos dos trabalhadores ativos, juntamente com os recursos da patrocinadora, constituem o monte que irá responder pelas obrigações atuariais relativas aos participantes que ingressam na inatividade, segundo o regime mutualista.

Com a reforma foi introduzido o regime de contribuição definida, no qual os recursos, tanto da patrocinadora como do participante, serão alocados em uma conta individual titulada pelo participante.

Esse regime possibilita ao participante contribuir segundo as suas possibilidades financeiras, ou seja, quem pode mais contribui mais quem pode menos contribui menos.

A contribuição normal da patrocinadora jamais poderá ser maior que a do participante e é limitada a um teto. É a paridade contributiva.

Há também as contribuições extraordinárias, que têm por finalidade custear *déficits*, serviço passado e outras finalidades.

ALC 109, tida como a Lei Básica da Previdência Complementar, e a LC 108, específica para EFPC patrocinadas por entes públicos, trouxeram algumas novidades como os institutos da Portabilidade, do *vesting* (Benefício Proporcional Diferido), a retirada de patrocínio, as EFPC multipatrocinadas, a contribuição paritária, inclusive, para a cobertura de *déficits*, a administração paritária, a possibilidade de resgatar as contribuições e o autopatrocínio.

Essas leis também regulamentaram os direitos, prerrogativas, obrigações e as responsabilidades daqueles que atuam dentro do sistema complementar.

Mas a maior preocupação do legislador foi estabelecer critérios precisos para garantir transparência aos participantes e assistidos, relativos à gestão dos recursos alocados na EFPC.

## **I - A ATUAÇÃO DA PATROCINADORA, DAS EFPC E DOS PARTICIPANTES**

A evolução humana do “estado de natureza”, no qual a sobrevivência tinha de ser assegurada mediante o emprego da força, para a organização dos indivíduos sob a tutela do Estado, passou por inúmeros estágios, sempre com a preocupação fundamental de garantir aos indivíduos uma melhor existência sobre a terra.

É evidente que muitas distorções desse ideário aconteceram, e ainda acontecem, caracterizadas pelos Estados totalitários, ditatoriais, tirânicos etc.

Assim, o Estado ficou responsável por garantir assistência aos indivíduos, isto é, uma vida livre e segura, porém sem impedir suas iniciativas comerciais,

empresariais, sociais, e outras que não se contraponham aos regramentos sociais.

Em uma dessas fases, o Estado passou a desempenhar funções de natureza econômica e social, pois o homem era tido como razão primeira e finalística da existência do próprio Estado. Era o Estado do bem-estar-social ou o *welfare-state*.

O Estado-liberal, adepto do “laissez faire, laissez passer”, ficou bastante enfraquecido à medida que os indivíduos, membros da comunidade, reivindicaram maior dignidade ao Estado, cabendo a este prover os meios para assegurar-lhes esse *status*.

O Estado, então, assumiu inúmeras funções, tornando-se um ente pesado e lento, com grandes responsabilidades e sem os meios estruturais e materiais para atendê-las.

Para aliviar o peso estatal, os donos dos meios-de-produção e os trabalhadores, tiveram de firmar um novo “Pacto Social”, a fim de garantir vida digna e justiça social, bem como deixar o Estado mais leve e ágil para exercer as suas atividades típicas, e, transferir à sociedade a tarefa de assegurar as demais necessidades da coletividade.

A reforma da previdência foi estruturada com base nesse pensamento, pois o Estado, ao reconhecer sua impotência em atender aos serviços da previdência oficial e da seguridade, passou a fomentar a iniciativa privada no regime de previdência complementar, e reservou a si o papel de normatizador e fiscalizador do sistema.

Assim é que a legislação erigida visa assegurar à empresa a faculdade de constituir uma EFPC, na condição de patrocinadora.

Embora seja uma faculdade, ao optar por fazê-lo, a patrocinadora assume um compromisso frente ao Estado, e fica jungida ao interesse público de realizar a prestação de serviço de natureza previdenciária.

Como se vê, a obrigação de assegurar ao indivíduo a prestação do benefício previdenciário passa ao Fundo de Pensão, gerido pela EFPC, sob as normas e a fiscalização do Estado.

Assim, não se pode cogitar de que a empresa possa descuidar de acompanhar a *performance* do Fundo de Pensão que patrocina.

Vale dizer, por fim, que assim como na relação empregador e empregado deve reinar a confiança, na relação previdenciária patrocinadora e participante, embora apartada da relação trabalhista, o participante adere ao fundo inspirado pela confiança que têm em seu empregador/patrocinador, e na confiança de que o Estado fará cumprir os termos do contrato e das leis.

Aliás, atualmente, na grande maioria das empresas os trabalhadores têm maior consciência de seus direitos, haja vista a necessidade do mercado de indivíduos cada vez mais preparados e especializados.

Esse preparo e especialização atribuem aos trabalhadores um perfil diferenciado dos primeiros operários fabris, pois, o seu elevado padrão de conhecimentos, os tornou informados quanto aos seus direitos que, no dizer de Garioli ([200-], p. 30/31) “os Fundos de Pensão e a Política de Recursos Humanos das Organizações”, já não podem mais ser vistos apenas como:

[...] massa amorfa orientada apenas por parâmetros de política trabalhista de divisão de classes, mas como conjunto de seres que sabem o valor do respectivo trabalho dentro da empresa e sabem, da mesma forma, o que a instituição empresarial representa no contexto sócio-econômico da nação, e de cujo êxito eles serão, indiretamente, os destinatários, em termos de elevação do nível de vida.

As EFPC são fundamentais ao sucesso e equilíbrio de todo o sistema de Previdência Complementar Fechado.

Tanto é verdade, que o artigo 202 da Constituição Federal vigente prevê que “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

Assim, o principal objetivo da Previdência Privada é a complementação do benefício a ser obtido junto a Previdência Oficial.

Esse benefício complementar decorre das bases contratuais que tiverem sido estabelecidas na relação jurídica entre a EFPC e o Participante, e será regulado pelas disposições das Leis Complementares n.ºs 109 e 108, e demais normas infraconstitucionais.

Essa complementariedade não significa subsidiariedade, inclusive porque a própria CF/88, em seu Artigo 202, alterado pela Emenda Constitucional n.º 20/98, estabelece a autonomia do Sistema Previdenciário Complementar em relação ao Regime Oficial.

A relação jurídica estabelecida entre a Patrocinadora e a EFPC deverá ser regida por um Convênio de Adesão.

Na verdade, nesse instrumento são fixadas as condições de atuação da EFPC na gestão dos recursos alocados ao fundo de pensão, por meio das contribuições normais da própria patrocinadora e a dos participantes.

Segundo a doutrina a Patrocinadora adere a tais condições. Porém, em verdade, as condições acabam sendo negociadas entre os partícipes, vale dizer a Patrocinadora e a EFPC.

Já a relação jurídica havida entre os participantes e a EFPC será fixada e regida em um Contrato de Adesão, no qual serão estabelecidos os direitos e obrigações das partes.

Segundo Martinez (2003, p. 297), a “entidade fechada de previdência complementar é ‘a sociedade civil ou a fundação, estruturada na forma do art. 35 da Lei Complementar n.º 109, de 2001, sem fins lucrativos, que tenha por objeto **operar** plano de benefício de caráter previdenciário.’” (gifou-se)

Dessa forma, o papel das EFPC é gerir, administrar, e controlar as reservas constituídas pelos participantes e patrocinadora, de modo a alcançar resultados positivos com a gestão desses recursos.

Relativamente aos participantes, a legislação reformista trouxe inúmeras inovações.

Assim, quando o participante adere ao contrato da EFPC, o faz na expectativa de receber, no futuro, o produto que irá adquirir ao longo dos anos.

Esse produto, em verdade, é uma prestação de serviço por parte da EFPC.

Sobre essa relação jurídica incidem outras normas a exemplo do Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Leis Ordinárias n.º 10.406, de 10.01.2002, e n.º 8.078, de 11.09.1990, respectivamente).

A incidência do Código Civil ocorre porque muitos institutos existentes na relação entre EFPC e participantes são próprios do Direito Civil. Segundo Lotufo (2003, p. 02):

[...] o que se tem que buscar é identificar quais institutos de direito civil que sofreram alteração no novo código de forma a poder interferir, ou ensejar o devido estudo e interpretação no sistema da previdência privada.

Por isso temos que identificar o que é específico do microsistema, como legislação especial e excepcionante, e o que é instituto do direito civil, sendo que neste segundo caso o conceito e o regime jurídico serão os do Código Civil.

Será que quando o microsistema estiver dispondo sobre a forma das entidades, dispondo sobre qual a tipificação do beneficiário, ou as especificidades dos benefícios, não estaremos diante de matéria específica e exclusiva do microsistema, que não pode ser alcançada pela generalidade do Código Civil?

A incidência do CDC deve-se à natureza consumerista da relação previdenciária complementar, vez que um consumidor (participante/assistido) adere a um contrato, disponibilizado por um fornecedor (EFPC), por meio do qual é contratada a prestação de serviços futuros.

É possível verificar na relação jurídica os elementos típicos formadores da relação de consumo.

Segundo Alvarez (2003, p.16), “a natureza jurídica das relações contratuais decorrentes da previdência complementar” é “típica relação de consumo”.

A prestação de serviço da EFPC ao participante/assistido, de forma remunerada, é feita pela gestão dos recursos alocados ao fundo de pensão, por meio da qual se espera alcançar resultados financeiros positivos, que garantam ao participante um benefício futuro que assegure o seu padrão de vida.

Com essas considerações entendemos ser, *de lege ferenda*, desaconselhável o ingresso de participantes e assistidos nos Conselhos Deliberativo e Fiscal da EFPC, bem como em sua Diretoria.

Ao ingressarem nesses órgãos acabam por atrair responsabilidades que nada tem haver com sua posição de consumidores.

O Artigo 21, §1º da LBPC, estabeleceu a obrigação de participantes e assistidos contribuírem, por meio de contribuições extraordinárias, ou outros meios também questionáveis, juntamente com a patrocinadora, para a correção de resultados deficitários.

Isso só é possível porque os participantes foram inseridos como gestores dos recursos, embora no Conselho Deliberativo, que é paritário, os representantes da patrocinadora escolham o Presidente do Conselho e este tenha o voto de qualidade.

Já no Conselho Fiscal, que é quem deve aprovar contas, quem elege o Presidente são os representantes de participantes e assistidos, cabendo-lhe o voto de qualidade.

A Lei Complementar n.º 108/2001 estabelece a necessidade de eleições para a escolha dos representantes dos participantes. Isto pode se tornar extremamente negativo para o sistema, pois politiza o ambiente que deveria pautar-se pelas melhores técnicas de gestão.

Ademais, a politização gera conflitos entre os próprios participantes e assistidos, e o indesejável “conflito de agência”, caracterizado pelo choque de interesses entre participantes /assistidos e a patrocinadora.

O desconhecimento que esses indivíduos podem ter sobre matéria tão especializada também desaconselha o ingresso de participantes e assistidos nos colegiados referidos.

Ao politizar o sistema, os prejuízos podem ser imprevisíveis. Segundo Ferro (Valor Econômico: Jornal Impresso, de 18.06.2002), a entidade, referindo-se à PREVI, deveria ser gerida como uma empresa e remata dizendo que “a diretoria executiva, formada com três diretores eleitos, é o principal nó da administração da fundação”, de vez que “é um modelo que impõe um custo administrativo muito grande. Tudo é negociado, muitas vezes uma decisão pode sair rapidamente, mas demora”, o que certamente acarreta perdas e prejuízos, pois, “a alocação de recursos tem de ser aquela que busca otimizar resultados”, capazes de assegurar o resultado institucional dos fundos de pensão, ou seja, garantir a complementação de renda futura de seus participantes.

Assim, desconfiamos da aplicação de critérios que não aqueles que se conformam à gestão profissional, cuja gênese está no domínio de conhecimentos especializados, no predomínio da boa técnica, e no acúmulo de experiências.

Assim, melhor que o participante apenas fiscalize o cumprimento do contrato que aderiu junto a EFPC, e que lhe garante o *status* de consumidor.

Ao Estado cabe o papel de normatizar e fiscalizar as atividades da EFPC e do fundo de pensão, bem assim penalizar os infratores das leis, normas e contratos.

## **II - A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PATROCINADORA PELOS RESULTADOS NEGATIVOS NA ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO DE PENSÃO PELA EFPC**

O Artigo 13 da LC n.º 109/01 dispõe que a condição de patrocinador de plano de benefício “dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador” e a entidade de previdência complementar, relativamente a cada plano a ser administrado e executado, “mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.”

O Executivo regulou a matéria pelo Decreto n.º 4.206, de 23.04.2002. Todavia, o diploma legal foi revogado pelo Decreto n.º 4.942, de 30.12.2003, que omitiu inúmeros pontos antes disciplinados e trouxe insegurança jurídica ao processo.

A lacuna, entretanto, vem sendo suprida pela edição de normas da Secretaria de Previdência Complementar – SPC e do Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC.

O instrumento pelo qual a patrocinadora e a EFPC estabelecem as suas atribuições é o convênio de adesão, e daí se inicia a responsabilidade da patro-

cinadora pelos resultados ocorridos com a administração e execução dos planos de benefícios pela EFPC.

As Leis Complementares 108 e 109 trazem inúmeras disposições sobre a responsabilidade da patrocinadora, dos seus administradores etc.

Pode-se citar o § 2º do Artigo 41 da LC n.º 109 que, ao tratar da fiscalização das EFPC, assevera que “a fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática.”

Desse modo, a patrocinadora pode vir a responder por culpa, seja na modalidade *in eligendo*, força de indicar a Diretoria da EFPC, ou seus representantes no Conselho Deliberativo, inclusive o presidente, ou *in vigilando*, se eventualmente não exercer a vigilância (fiscalização) recomendada na legislação.

O Artigo 25 da LC n.º 108 repete a mesma obrigação da patrocinadora.

Mas importa, neste artigo, verificar outras hipóteses de responsabilidade civil da patrocinadora, vale dizer a relativa à aplicação dos recursos do fundo pela EFPC, se resultarem prejuízos ou déficits.

Três são os elementos fundamentais para caracterizar a responsabilidade civil: a ação (comissiva ou omissiva): o dano (moral ou patrimonial) e o nexo de causalidade, ou liame que liga a ação ao resultado danoso.

A culpa e o dolo aparecem como um quarto elemento, porém a doutrina mais moderna e o novo Código Civil - Artigo 927 e § Único - entendem que a culpa e o dolo não são os únicos elementos que obrigam a reparação do dano, haja vista que se admite a obrigação de indenizar face ao abuso de direito.

Haverá também obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, desde que haja previsão legal ou se a atividade exercida pelo autor do dano implicar em risco para direito de outrem.

Trata-se da responsabilidade civil objetiva.

Assim, se a EFPC cometer abuso de direitos e prerrogativas terá de reparar os danos decorrentes, bem como será possível a responsabilização solidária da patrocinadora.

Conforme ensina Diniz (2002, p. 36) ao tratar da Responsabilidade Civil:

Há atos que, embora não violem a norma jurídica, atingem o fim social a que ela se dirige, caso em que se têm os atos praticados com abuso de direito, e, se tais atos prejudicarem alguém, ter-se-á o dever ressarcitório. Deveras, a obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de

determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito.

Para que haja responsabilização civil é necessário o nexo de causalidade, pois sem ele não há dano.

Há concorrência culposa se a parte prejudicada concorre para que o dano ocorra.

Deve ser ressaltado que o ingresso dos participantes nos colegiados gestores do fundo de pensão pode caracterizar a responsabilidade concorrente, o que legitima a disposição do Artigo 21 da 109/01 ou Lei Básica de Previdência Complementar - LBPC.

Pode-se lembrar, ainda, a responsabilidade civil contratual e a extracontratual.

Segundo Alonso a contratual pressupõe “a existência de um contrato vinculando as partes”, a extracontratual, ou aquiliana (*lex aquilia*), que procura “estabelecer bases jurídicas para essa espécie de responsabilidade civil, não exige nenhum vínculo anterior ao fato que gera a responsabilidade civil do agente”. Importa verificar se houve violação da conduta especificada na lei ou norma, com conseqüente dano ou prejuízo à vítima.

Necessário lembrar a responsabilidade civil presumida, derivada da Corrente Subjetiva como reação à Teoria Objetiva.

Segundo Gonçalves (2003, p.479):

Como a concepção clássica, baseada na culpa, impunha dificuldades, às vezes intransponíveis, à vítima para demonstrar a culpa do patrão, a nova teoria atendia à preocupação de facilitar ao trabalhador a obtenção do ressarcimento, exonerando-o do encargo de produzir a prova de culpa de seu empregador. Passou-se, então, à concepção de que aquele que, no seu interesse, criar um risco de causar dano a outrem, terá de repará-lo, se este dano sobrevier. A responsabilidade deixa de resultar da culpa, para derivar exclusivamente da causalidade material. Responsável é aquele que causou o dano.

Ainda, assim, a Teoria Objetiva tem importância fundamental, e Código Civil brasileiro, no § Único, do Artigo 927, dispôs que independentemente de culpa, haverá a obrigação de reparar o dano quando a lei especificar, e “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para direito de outrem”.

Se da atividade da EFPC resultar dano aos participantes, *de lege ferenda*, parece-nos que seria adequada a responsabilização da EFPC.

Nesse ponto é interessante citar Gonçalves (2003, p. 21):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).

Na relação de consumo, firmada entre EFPC e participantes, pode-se, com Gonçalves (2003, p. 30), afirmar que:

De pronto, percebe-se que, tratando-se de relações de consumo, as normas de natureza privada, estabelecidas no Código Civil de 1916, onde campeava o princípio da autonomia da vontade, e em leis esparsas, deixaram de ser aplicadas. O Código de Defesa do Consumidor retirou da legislação civil (bem como de outras áreas do direito) a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido.

Para Gonçalves (2003, p. 31), “tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço como a oriunda do vício do produto ou serviço é de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa a obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor”.

Para Kouri (2002, p. 160), entre consumidor e fornecedor deve haver um estado de confiança, pois “a quebra deste dever conjugada com a ocorrência de um dano já não será mais admitida como simples fatalidade, ainda que, dentre milhões de produtos da mesma espécie e qualidade introduzidos no mercado, apenas um acarrete um dano qualquer ao consumidor”.

Segundo Khouri (2002, p. 162) trata-se do princípio da garantia de adequação, que na doutrina “implica em que produtos e serviços devem atender adequadamente às necessidades dos consumidores em segurança e qualidade, respeitando a saúde, segurança, dignidade e interesses econômicos”.

Conclui-se que o objetivo da EFPC é prestar o serviço de administrar e executar planos de benefícios de natureza previdenciária de modo adequado aos interesses dos participantes e assistidos, consumidores finais na relação de consumo.

Segundo Queiroga (2003, p.58), ao abordar a responsabilidade por fato de terceiro, tem-se o seguinte ensinamento:

Para definir a culpa do patrão, amo ou comitente pelos atos praticados pelos seus empregados, serviçais e prepostos, coube à jurisprudência criar a presunção de culpa, mediante uma interpretação elástica da lei, atendendo, sobretudo, o interesse social. Esta nova tendência surgiu em todos os tribunais brasileiros e terminou gerando a Súmula n.º 341 do Supremo Tribunal Federal, nestes termos: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Como a EFPC age no interesse da patrocinadora, e segundo as diretrizes fixadas entre elas no Convênio de Adesão, admite-se a responsabilização da patrocinadora por ato da EFPC.

É importante, pois, proteger os participantes e assistidos dos fundos de pensão. Conforme Queiroz (1998, p. 91) ensina:

O direito do consumidor veio para proteger a vida quotidiana dos indivíduos, enquanto consumidores, oferecendo-lhes os mecanismos próprios e adequados para a sua defesa, em caso de patologia na relação de consumo, mas antes de tudo fornecer meios hábeis à prevenção da mesma.

### **III - CAUSAS INDUTORAS DOS RESULTADOS NEGATIVOS E AS PRÁTICAS QUE PODEM EVITAR SUA OCORRÊNCIA**

As causas que determinam resultados negativos na aplicação dos recursos de um fundo de pensão são as objetivas, que ocorrem no âmbito externo do fundo, ou subjetivas, que ocorrem internamente ou se ligam aos sujeitos que o administram.

Quanto às objetivas, pode-se citar a conjuntura econômico-financeira do país, como o retorno da inflação; a política monetária com a elevação na taxa de juros; escândalos políticos e financeiros; ou ocorrências internacionais com reflexos negativos para o país, como a crise da Rússia; a crise dos *Tigres Asiáticos*; as crises da Argentina; o atentado ao World Trade Center; as Guerras do Golfo I e II etc.

Neste artigo serão tratados aqueles fenômenos que podem ocorrer dentro dos próprios fundos de pensão.

Referimo-nos às fraudes perpetradas contra essas entidades por seus gestores, mediante a aplicação inadequada de seus recursos ou desvio de tais recursos para outras atividades pouco recomendáveis.

Importa, pois, apontar quais os fatores que determinam essas práticas lesivas que conduzem aos resultados negativos dos fundos de pensão, bem como apontar os meios mais adequados para evitá-las.

Para isso vamos nos valer de Rezende (1992), que em trabalho intitulado “CIDADANIA – O Remédio para as Doenças Culturais Brasileiras” traça um perfeito diagnóstico desse aspecto.

Rezende (1992) aponta quatorze doenças culturais que influenciam o comportamento dos cidadãos brasileiros, desde a mais tenra idade até ingressarem no mercado de trabalho ou em outras instituições existentes na sociedade.

São elas, a saber: a) Cultura inflacionária; b) Cultura da esperteza; c) Cultura da transferência de responsabilidade; e) Cultura do imediatismo e superficialismo; f) Cultura do negativismo; g) Cultura da baixa auto-estima; h) Cultura da vergonha de cidadania e patriotismo; i) Cultura do piadismo ou do rir da própria desgraça; j) Cultura do emocionalismo e da ciclomania; k) Cultura do desperdício; l) Cultura do teorismo e do tecnicismo; m) Cultura do corporativismo; n) Cultura da politicagem, fisiologismo e nepotismo; o) Cultura do conformismo.

Após examinar o diagnóstico traçado pelo autor, não há como negar que o Brasil é um país doente culturalmente, e enquanto não receber tratamento para alcançar a cura, estará fadado ao insucesso relativamente ao crescimento econômico e desenvolvimento dos demais setores da sua sociedade.

Os fundos de pensão e as EFPC precisam ser imunizados relativamente a tais doenças, pois o passado nos ensina que todas as mazelas do setor encontram origem nos males apontados.

O maior sintoma dessas doenças é a corrupção que permeia a nossa sociedade, seja em menor ou maior grau, ou seja, desde o hábito abominável de

furar-se uma fila de Banco ou hospital até os crimes perpetrados contra a Previdência Social.

É necessário, urgentemente, conscientizar o país desse quadro clínico e, ato contínuo, partir para o combate eficaz e eficiente dessas doenças.

Relativamente à gestão dos fundos de pensão, pelos gestores das EFPC, e à responsabilidade das patrocinadoras pelos resultados negativos das aplicações dos recursos alocados ao fundo, vemos que a conscientização deve ser iniciada nas empresas patrocinadoras, por meio da disseminação de conceitos e práticas que podem e devem ser adotados, igualmente, em seus fundos de pensão.

As regras de prudência, a governança corporativa, a gestão profissional, a realização de *hedge* para assegurar as operações ativas e passivas do fundo de pensão, bem como que todas as ações da patrocinadora, da EFPC e do fundo de pensão sejam pautadas pelo princípio da Responsabilidade Social.

As regras de prudência são aquelas que disciplinam o tratamento dos recursos alocados ao fundo de pensão de uma EFPC.

Essas regras devem ser estabelecidas pelo poder estatal, no que concerne aos fundos de pensão, uma vez que tal poder desempenha os papéis de regulador e fiscalizador do sistema de previdência complementar.

Existe um trabalho realizado pela parceria firmada entre a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE e o Ministério da Previdência Social, no Itamaraty, nos dias 1º e 2º de outubro de 2003, que trata do assunto e resultou na apresentação pela OCDE dos *Fifteen Principles for the Regulation of Private Occupational Pension Schemes (Quinze Princípios para Regulação dos Sistemas de Previdência Privada Fechada)*.

Os princípios estão disponíveis no site: [www.oecd.org/dataoecd/31/32/2403207.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/31/32/2403207.pdf) e são, a saber: 1º) Estrutura Regulatória Adequada; 2º) Regulação Apropriada dos Mercados Financeiros; 3º) Direitos dos Participantes; 4º) Adequação dos Fundos Privados; 5º) Sistema Regulatório e Segregação Patrimonial; 6º) Capitalização; 7º) Técnicas e Cálculos; 8º) Estrutura de Supervisão; 9º) Auto Supervisão; 10º) Competição Justa; 11º) Investimento; 12º) Mecanismo de Seguro; 13º) Liquidação; 14º) Transparência e Informação e 15º) Governança Corporativa.

Merece destaque o princípio da Governança Corporativa, tendo em vista as melhorias que sua adoção pode agregar aos resultados do fundo de pensão.

É possível encontrar várias matérias e artigos sobre o tema no *site* do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, o que facilita o entendi-

mento correto sobre a importância de as empresas, bem como outras entidades, adotarem as boas práticas de Governança Corporativa. Vejamos o texto abaixo, retirado do referido *site*:

Governança corporativa são as práticas e os relacionamentos entre os Acionistas/cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e facilitar o acesso ao capital.

A expressão é designada para abranger os assuntos relativos ao poder de controle e direção de uma empresa, bem como as diferentes formas e esferas de seu exercício e os diversos interesses que, de alguma forma, estão ligados à vida das sociedades anônimas.

Governança corporativa é valor, apesar de, por si só, não criá-lo. Isto somente ocorre quando ao lado de uma boa governança temos também um negócio de qualidade, lucrativo e bem administrado. Nesse caso, a boa governança permitirá uma administração ainda melhor, em benefício de todos os acionistas e daqueles que lidam com a empresa.

As práticas de Governança Corporativa, oriundas da teoria econômica tradicional, têm por fim romper o denominado “conflito de agência”, ou o embaite reinante entre a propriedade e a gestão empresarial. Isso ocorre quando o proprietário outorga poderes de gestão, ao gerente ou executivo, sobre a propriedade, e começam surgir entrechoques entre o interesse do proprietário e os interesses do gestor.

Por essa razão é que se justifica a adoção pelos fundos de pensão, *de lege ferenda*, da Gestão Profissional.

No Brasil já existem defensores da gestão profissional, que é mais uma manifestação das boas práticas de Governança Corporativa, que propugna pela contratação de “conselheiros profissionais e independentes” que surgiram como “resposta à necessidade de atrair capitais e fontes de financiamento para a atividade empresarial, o que foi acelerado pelo processo de globalização e pelas privatizações de empresas estatais no país”. (Texto: A boa governança – IBGC: <http://www.ibgc.org.br/ibconteudo.asp?IDArea=2>)

A Gestão Profissional possibilitará o estabelecimento de práticas que comportem as ações dos gestores e executivos, de uma empresa ou entidade, aos interesses dos sócios, acionistas, cotistas, participantes, e impeça o “conflito de agências”.

É desejável que os gestores dos fundos de pensão possuam sólidos conhecimentos e experiência sobre os mercados de capitais, financeiro e imobiliário, segmentos em que os fundos de pensão mais investem.

Quanto à utilização do *hedge* como mecanismo de proteção e garantia para o fundo de pensão, acreditamos haver campo amplo e fecundo para a sua utilização responsável.

Os derivativos, utilizados para fazer *hedge*, são contratos firmados entre duas partes, no qual se estabelece que uma pagará à outra, no futuro, um preço pré-determinado, independentemente da evolução ou comportamento futuro do preço daquele ativo no mercado. Esse ativo recebe a denominação de ativo subjacente ou ativo objeto.

A finalidade dos derivativos é efetuar a transferência do risco daquele que deseja proteção para aquele que se dispõe a suportar o risco. É para este uma aposta, uma especulação, pois detém conhecimento ou informações que julga favoráveis à obtenção de uma vantagem.

Os derivativos também possibilitam àqueles detentores de riscos contrários, obter o cancelamento dos riscos.

Quanto à atuação pautada pelos princípios da Responsabilidade Social nada mais consentâneo com as atividades das EFPC e fundos de pensão.

Esse conceito espelha a exigência da sociedade para que não atuem no âmbito da comunidade apenas na intenção de preservar os interesses dos acionistas em detrimento dos interesses daquela comunidade.

Assim, a atividade da instituição deverá agregar valores à comunidade, à economia, ao meio ambiente, além de tratar com respeito à cultura e os costumes locais, mediante atuação ética e transparente.

A atuação responsável das instituições está fortemente ligada ao conceito de “desenvolvimento sustentado”, termo definido no Relatório *Brundtland*, no qual foi cunhada a definição seguinte: “desenvolvimento sustentável é atender as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”.

Vale ressaltar que a responsabilidade social não é apenas mais um modismo.

Nos fundos de pensão, que albergam na sua finalidade estatutária uma grande carga de responsabilidade social, justifica-se e se magnifica, a encampação dos princípios da Responsabilidade Social, o que só contribuirá para o sucesso e atingimento de seus objetivos.

## CONCLUSÃO

A primeira conclusão a que chegamos é que a Reforma da Previdência não se esgota com a edição das leis e regulamentos, nem tampouco com a veiculação na mídia de sua necessidade e vantagens.

Pelo contrário, a verdadeira e perene reforma deve, sobretudo, considerar o dinamismo social, político e econômico da sociedade, a qual está sempre à busca do incremento de ferramentas e institutos capazes de gerar riquezas e melhorar a condição de vida humana.

Não há dúvida que a Reforma da Previdência só poderá ser vista como uma mudança de sucesso à medida que seus resultados possam atender, senão a todos os indivíduos da sociedade, pelo menos a sua grande maioria.

Para isso será necessário que o Estado trabalhe para fortalecer a Previdência Oficial, bem como fortalecer o desenvolvimento do cidadão; o aperfeiçoamento de nossas instituições públicas e privadas; e o fortalecimento da economia do país, vale dizer mediante a ampliação do nível de emprego e o incremento da produção, e, naturalmente, uma melhor distribuição de riquezas.

Quanto à Previdência Complementar Fechada foi possível apontar aspectos que merecem profunda reflexão, por exemplo, nossa discordância com ingresso de participantes nos órgãos diretivos das EFPC, a discordância com a politização do ambiente previdenciário fechado, a adoção da Gestão Profissional etc.

Relativamente à gestão dos fundos de pensão foram apontadas as causas que podem conduzir a resultados negativos e danosos, a responsabilização da EFPC, da patrocinadora e respectivos administradores, bem como alguns meios de se proteger o fundo de pensão e evitar os resultados negativos.

Nesse particular, demos destaque à atuação da EFPC segundo os conceitos da Responsabilidade Social, especialmente, mediante a adoção das boas práticas de Governança Corporativa, além de outros meios de proteção.

Com isso não esperamos esgotar o assunto, que é vasto e complexo, mas esperamos contribuir para o engrandecimento da discussão e o aprimoramento dos conceitos e entendimento sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- ALVAREZ, Anselmo Pirueto. *A Previdência Complementar, como Relação de Consumo*, p. 16 a 18. Terceiro Congresso Brasileiro de Previdência Complementar. Caderno Congressos LTr. Coordenação Wladimir Novaes Martinez, São Paulo: 28/29 JUL 2003.
- ANGHER, Anne Joyce. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ride-el, 2002.
- APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS ACADÊMICOS – *Guia para Alunos da Universidade Presbiteriana Mackenzie*. 2ª ed., São Paulo: Editora Mackenzie, 2003.
- BALERA, Wagner. *Curso de Direito Previdenciário – Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso Oliveira*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2002.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 41, de 10 de dezembro de 2003*. Modifica os art. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>
- COLETÂNEA DE NORMAS DOS FUNDOS DE PENSÃO – Brasília: Ministério da Previdência Social - MPS, Secretaria de Previdência Complementar - SPC, Brasília: 2004.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1088, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 38/2002 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.
- COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e Neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. - De acordo com o Novo Código Civil, 7º vol., 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRO, Luiz Tarquínio Sardinha. *Jornal Impresso: Valor Econômico*, de 18.06.2002: *PREVI: Ex-presidente defende gestão empresarial*. Disponível para assinantes em: <http://www.valoronline.com.br/noticias?show=dosearch&keyword=Ex-presidente+defende+gest%3o+empresarial+>

%E0+Previ+&tb\_materias=1&tb\_materias\_ve=1&busca\_exata=1&periodo=0&ini\_dia=0&ini\_mes=0&ini\_ano=0&end\_dia=0&end\_mes=0&end\_ano=0>

GARIOLI, Alexandre Franco. *Os Fundos de Pensão e a Política de Recursos Humanos das Organizações*. Monografia apresentada durante MBA em Previdência Privada – COPPE/UFRJ. Disponível em: <[http://www.ideas.org.br/arq/monografias/Pensão\\_Politica\\_%20rh.pdf](http://www.ideas.org.br/arq/monografias/Pensão_Politica_%20rh.pdf)>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil – De Acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002)*. 8ª ed., São Paulo, SARAIVA: 2003.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. Texto: GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=2>>.

\_\_\_\_\_. Texto: GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=61&Idp=2>

KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Contratos e Responsabilidade Civil*. Brasília Jurídica: Brasília, 2002.

LEGISLAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. São Paulo: LTr, 1999.

LOTUFO, Renan. *Repercussões do Novo Código Civil sobre a Legislação da Previdência Privada* – Palestra ABRAPP em 26.02.2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo IV, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2002.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2003.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante*. #ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil*. 2ª ed, rev. e aum., Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Quinze Princípios para Regulação dos Sistemas de Previdência Privada Fechada (Fifteen Principles for the Regulation of Private Occupational Pension Schemes). Publicado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OECD), Paris. Em português: Autorizado pela OCDE, Paris. Tradução sob responsabilidade da Secretaria de Previdência Complementar/Ministério da Previdência Social. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/31/32/2403207.pdf>.

RESENDE, Ênio. *CIDADANIA – O Remédio para as Doenças Culturais Brasileiras*. 2ª ed., São Paulo: SUMMUS EDITORIAL, 1992.

SANTOS, Rodolfo Fonseca dos. *O Superávit da Seguridade*. Reforma da Previdência – Portal de Informações. <[http://www.anfip.org.br/reforma\\_previdencia/previdencia/artigo4\\_24-4-2003.htm](http://www.anfip.org.br/reforma_previdencia/previdencia/artigo4_24-4-2003.htm)>.

TELES, Egberto Lucena. *Sistemas de Previdência Social e Fundos de Pensão Fechados – Estudo de Características nos Contextos Brasileiro e Norte-americano*. Mimeo. São Paulo: 2000.

WEINTYRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos: *Previdência Privada*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002.



**Gráfica Barreto**

Avenida Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE  
Telefone: (81) 241.2866 - Fax: (81) 241.2609  
E-Mail: [graficabarreto@zaz.com.br](mailto:graficabarreto@zaz.com.br)