



# NOMOS

REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - UFC

Solicita-se permuta  
Pídese canje  
On demande l'échange  
Si richiede la scambio  
We ask for exchange  
Wir bitten um Austausch.



# NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2009/2

# NOMOS

**Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**

Volume 29.2 – jul/dez – 2009/2

**Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

**Editora Sub-chefe**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

**Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes (UFC)

António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra)

Charles D. Cole (Samford University)

Denise Lucena Cavalcante (UFC)

Elizabeth Salmón (PUC/PERU)

Eros Grau (USP)

Federico Di Bernardi (Universidad Nacional de La Plata)

Fernando Facury Scaff (UFPA)

Francisco Queiroz Cavalcanti (UFPE)

Gilles Lebreton (Université du Havre)

Hugo de Brito Machado (UFC)

João Luis Nogueira Matias (UFC)

Jorge Miranda (Universidade Católica Portuguesa)

José Luis Caballero (Universidad Iberoamericana de México)

Juarez Freitas (PUC-RS)

Paulo Bonavides (UFC)

Willis Santiago Guerra Filho (PUC/SP)

Wolf Paul (Universität Frankfurt am Main)

**Design**

Jônatas Barros

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

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

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



---

## SOBRE OS AUTORES

Antonio María Lorca Navarrete

Doutor e Catedrático em Direito Processual da Universidade do País Basco. Diretor do Instituto Basco de Direito Processual e da Revista de Direito Processual e Arbitragem.

Arnaldo Sampaio Moraes Godoy

Pós-Doutor pela Universidade de Boston. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

Denise Lucena Cavalcante

Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará – UFC. Vice-coordenadora da Pós-graduação em Direito/UFC. Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

Eva Andrés Aucejo

Doutora em Direito. Licenciada em Ciência Econômica e Empresarial. Professora Titular da Universidade de Barcelona.

Henrique Garbellini Carnio

Mestre em filosofia do direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Hugo de Brito Machado

Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

João Luis Nogueira Matias

Juiz Federal. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

José Armando Ponte Dias Junior

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte e Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e da Escola da Magistratura do Rio

Grande do Norte (ESMARN). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

Juvêncio Vasconcelos Viana

Professor da Faculdade de Direito UFC. Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Advogado.

Maria Cristina Zucchi

Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e Mestre Direito Constitucional comparado pela Universidade Samford – USA. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Mário Sérgio Falcão Maia

Mestre em Direitos Humanos pela UFPB. Professor de Direito Constitucional e Ciência Política e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Mater Christi. Advogado.

Paulo Ferreira da Cunha

Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Rodrigo de Almeida Leite

Mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutorando em Derecho y Políticas de La Unión Europea pela Universidade de Salamanca. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido -UFERSA.

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Doutora em Direito Internacional Público pela Universidade Paris V e Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Universidade Paris V.

Veruska Sayonara de Góis

Professora da Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade do Rio Grande do Norte (UERN). Advogada. Mestre em Direito Constitucional (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN).

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Faculdade Farias Brito (FFBCE). Professor efetivo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Pesquisador da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Paulista (UNIP). Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade de Bielefeld (Alemanha). Pós-Doutor em Filosofia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).



## EDITORIAL

---

Apresentamos à comunidade jurídica o Volume 29.2, referente ao segundo semestre de 2009 da Revista NOMOS do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, um dos mais importantes periódicos jurídicos do Brasil, tendo sua classificação no sistema QUALIS da CAPES no nível B2.

A Revista NOMOS tem sido um importante elo de intercâmbio acadêmico entre instituições brasileiras e internacionais, proporcionando uma proximidade de culturas e ensinamentos de juristas das mais variadas universidades nacionais e internacionais. A cada volume temos o privilégio de receber ensinamentos profundos, cada qual com seu estilo próprio e visão do mundo que o circunda.

Não obstante a necessidade de determinar normas editoriais para uma padronização do campo de pesquisa investigado, no caso, Direito Constitucional, buscamos não limitar nenhuma forma criativa dos autores e características de sua exposição escrita, de forma a propiciar no âmbito da Revista NOMOS um espaço democrático de propagação das idéias. E assim deve ser a escrita: livre, criativa, agregadora.

Importante destacar que a partir deste volume temos uma nova composição do Conselho Editorial da Revista NOMOS, passando a integrá-lo o Professor Doutor Juarez Freitas, um dos juristas mais respeitáveis do país, o que muito nos honra.

Também passa a compor às atividades de editoração da Revista NOMOS a Professora Doutora Tarin Mont´Alverne, que retorna da França e integra o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC após aprovação no Programa Nacional de Pós-Doutorado (PNPD/CAPES)

No âmbito internacional destacam-se, neste exemplar, as importantes lições do professor da Universidade do Porto, Paulo Ferreira da Cunha, que nos presenteia com suas sábias lições sobre as Instituições, Trabalho e Pessoas. Também do continente europeu temos um excelente trabalho sobre as trocas de informações fiscais da Professora Eva Andrés Aucejo, da Universidade de Barcelona. A jovem professora Tarin Mont´Alverne nos traz lições importantes de seus estudos na França sobre os conflitos jurídicos decorrentes da polêmica

questão do uso do véu islâmico na França. E o Professor Antonio María Lorca Navarrete nos autorizou a publicar aqui seus estudos sobre o Processo e a Constituição, texto de extrema relevância, apresentado na Universidade de São Marcos - Peru.

No âmbito do direito brasileiro, representando a Universidade Federal do Ceará, compõe esta edição os trabalhos dos professores João Luis Nogueira Matias, Denise Lucena Cavalcante, Hugo de Brito Machado e Juvêncio Vasconcelos Viana. Das diversas outras universidades brasileiras destacamos os trabalhos dos autores Arnaldo Sampaio Moraes Godoy, Henrique Garbellini Carnio, José Armando Ponte Dias Junior, Mário Sérgio Falcão Maia, Rodrigo de Almeida Leite, Veruska Sayonara de Góis, Paulo Adib Casseb e Willis Santiago Guerra Filho.

E, assim, diante dos excelentes trabalhos apresentados neste volume da Revista NOMOS desejamos a todos uma excelente leitura e esperamos que as mesmas sejam de utilidade no desenvolvimento da pesquisa jurídica em nosso país.

Os Editores.



## SUMÁRIO

### DOCTRINA NACIONAL

MOTIVAÇÕES FILOSÓFICAS PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL: ENSAIO JUSTIFICATIVO DA ECONORMATIVIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL <i>Arnaldo Sampaio Moraes Godoy</i> .....	13
DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO <i>Denise Lucena Cavalcante</i> .....	23
A GÊNESE DO DIREITO ENTRE KELSEN E NIETZSCHE <i>Henrique Garbellini Carnio</i> .....	39
INOPONIBILIDADE DAS CONVENÇÕES PARTICULARES À FAZENDA PÚBLICA - Inteligência do art. 123 do CTN <i>Hugo de Brito Machado</i> .....	59
A ORDEM ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>João Luis Nogueira Matias</i> .....	69
O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL <i>Maria Cristina Zucchi</i> .....	91
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA <i>José Armando Ponte Dias Junior</i> .....	103
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS A PARTIR DE SEU PERFIL CONSTITUCIONAL <i>Juvêncio Vasconcelos Viana</i> .....	123
ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA AOS PAÍSES DA MODERNIDADE TARDIA <i>Mário Sérgio Falcão Maia e Rodrigo de Almeida Leite</i> .....	141
O RECURSO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL <i>Veruska Sayonara de Góis</i> .....	163

CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL <i>Paulo Adib Casseb</i> .....	187
LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ À TRAVERS L'AFFAIRE DU FOULARD <i>Tarin Cristino Frota Mont'Alverne</i> .....	197
POR UMA POÉTICA DO DIREITO: INTRODUÇÃO A UMA TEORIA IMAGINÁRIA DO DIREITO (E DA TOTALIDADE) <i>Willis Santiago Guerra Filho</i> .....	213

## DOCTRINA ESTRANGEIRA

PROCESO Y CONSTITUCIÓN <i>Antonio María Lorca Navarrete</i> .....	245
REGULACIÓN JURÍDICA DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA SEGÚN CONVENIO BILATERAL HISPANO-BRASILEÑO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA <i>Eva Andrés Aucejo</i> .....	265
INSTITUIÇÕES, TRABALHO E PESSOAS <i>Paulo Ferreira da Cunha</i> .....	289

---

## DOUTRINA NACIONAL

---





# MOTIVAÇÕES FILOSÓFICAS PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL: ENSAIO JUSTIFICATIVO DA ECONORMATIVIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

---

*Arnaldo Sampaio Moraes Godoy<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O trabalho considera os fundamentos filosóficos do Direito Ambiental, evidenciando razões antropocêntricas, em que pese esforço mais contemporâneo para justificativas biocêntricas, que focalizam a natureza por seus intrínsecos valores. O excerto também vislumbra fundamentos políticos e econômicos junto a uma percepção de modelo ambientalista brasileiro.

## **Palavras-chave**

Proteção Ambiental. Justificativas. Antropocentrismo. Biocentrismo.

## **ABSTRACT**

The paper faces the philosophical framework which surrounds Environmental Law. It clings on anthropological reasons, notwithstanding a more contemporary effort towards biocentric concepts which values nature for its own worth. The paper also considers political and economical reasons within a perception of a Brazilian pattern of environmental protection.

## **Key words**

Environmental Protection. Reasons. Anthropocentrism. Biocentrism.

---

1 Pós-Doutor pela Universidade de Boston. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. E-mail: arnaldogodoy@terra.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

Efeito estufa, biodiversidade, reflorestamento, aumento populacional, buraco na camada de ozônio, desenvolvimento sustentável, entre outras, são expressões qualificadas por linguagem universal de uso geral, recorrentes na contemporaneidade. O ambientalismo alcança corações e mentes de uma vanguarda que se diz verde, e que prescreve como a natureza deve ser protegida. Explicitar os porquês da proteção ambiental, sob uma perspectiva filosófica, eis o motivo do presente trabalho<sup>2</sup>.

Para tal, faz-se sumária aproximação da tradição conceitual ocidental, no que se refere à questão da proteção ocidental, não se perdendo de vista que o problema é fundamentalmente de ordem econômica. Isto é, é sintoma de nossos tempos, indicativo de que os limites de recursos naturais que se prostram em face do desenvolvimento do capitalismo é que ditam as necessidades do protecionismo ambiental.

Em outras palavras, é instância e problema do capitalismo tardio. Como conseqüência, admite-se como ingênua qualquer leitura historiográfica da proteção ambiental, no sentido de que houve vozes no passado que defenderam a defesa do meio ambiente. O problema é econômico. Mas pode ser filosoficamente justificado. É o tema do artigo que segue.

## 2. O AMBIENTALISMO NA TRADIÇÃO CONCEITUAL OCIDENTAL

Verifica-se clivagem conceitual no movimento ecológico. Um segmento mais social preocupa-se com legalismo prescritivo que determina como se cuidar do meio ambiente. Parcela mais crítica concentra-se nos porquês da aludida proteção, desenhando-se uma ética da terra, um ambientalismo holístico.

Esse grupo também convive com uma dicotomia. Para os mais conservadores, protagonistas de um ambientalismo pouco profundo (*shallow environmentalism*) a proteção ambiental decorre do fato de que a natureza tem valor instrumental para nós, seres humanos; trata-se da concepção dominante<sup>3</sup>.

A esse intenso antropocentrismo contrapõe-se um biocentrismo insurgente, que reconhece direitos intrínsecos à própria natureza, hostilizando o pragmatismo de matiz humanista<sup>4</sup>. Conotações mais sociológicas denunciam o uso do ambientalismo por parte de injunções políticas orquestradas para a captação de recursos externos e de simpatias ensejadoras de votos, prestígio, poder<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Indica-se a obra do Professor Alexander Gillespie, da Universidade de Waikato, Nova Zelândia, "*International environmental law policy and ethics*" como texto inspirador do presente excerto.

<sup>3</sup> GILLESPIE, Alexander. *International environmental law policy and ethics*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 2.

<sup>4</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 20 e ss.

<sup>5</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Solange S. *Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil*. São Paulo: Humanitas/

A tradição ocidental coloca o homem no centro do universo, medida de todas as coisas, na consagrada expressão de Protágoras<sup>6</sup>, tão afeto à precisão e propriedade de definições e conceitos<sup>7</sup>. Por conta desse construído conceitual, por vezes ilusório, colocamo-nos no centro de tudo e não no centro de uma vida particular<sup>8</sup>, atitude conceitual refratária a concepções mais harmônicas, típicas do pensamento oriental, substrato das tradições chinesas, japonesas e indianas<sup>9</sup>.

O antropocentrismo pode traduzir chauvinismo humano, comparável a outras idiossincrasias, nacionalistas, xenófobas, problemáticas, em qualquer sentido. É comportamento típico de quem desenhou Deus a sua imagem e semelhança, valendo-se da retórica para afirmar justamente o contrário. E deve ser compreendido com muita cautela.

Platão reportou-se a Prometeu como emancipador da grei humana, após subtrair a ciência de Hefaiostos e de Palas Atenas<sup>10</sup>. No Timeu, Platão referiu-se ao homem como raça superior<sup>11</sup>. Aristóteles apontou o natural desejo que temos de conhecimento como traço que nos distingue dos animais, que vivem de aparências<sup>12</sup>. Para o estagirita, o homem é conhecimento, sabedoria, sagacidade<sup>13</sup>.

Agostinho concebeu o homem como criatura abençoada, presente de Deus: é luz<sup>14</sup>. Tomás de Aquino afirmou que o homem excedia os animais, em razão e inteligência<sup>15</sup>. Para o doutor angélico, o homem transcenderia as agruras da sobrevivência e obteria prazer no próprio trabalho<sup>16</sup>.

Descartes proclamou a perfeição da inteligência humana, equivalendo sua inteligência a dos homens ordinários<sup>17</sup>. Locke referiu-se a Adão (o homem) como detentor de força e razão<sup>18</sup>. Montesquieu creditou ao homem conhecimento, enquanto poder, intrínseco à existência<sup>19</sup>. Rousseau diferenciou o homem das outras criaturas, por

---

USP, 2000, p. 157 e ss.

<sup>6</sup> BURNET, John. *L'Aurore de la philosophie grecque*. Paris: Payot, 1952, p. 190.

<sup>7</sup> ROBIN, Léon. *La pensée grecque*. Paris: Albin Michel, 1948, p. 170.

<sup>8</sup> GILLESPIE, Alexander. *International environmental law policy and ethics*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 14.

<sup>9</sup> Surya Prakash Sinha, *Jurisprudence-Legal Philosophy*, p. 22 e ss.

<sup>10</sup> PLATO, Protagoras, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 44.

<sup>11</sup> PLATO, Timaeus, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 453.

<sup>12</sup> ARISTOTLE, Metaphysics, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 499.

<sup>13</sup> ARISTOTLE, History of Animals, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 114.

<sup>14</sup> ST. AUGUSTINE, Confessions, p. 113.

<sup>15</sup> AQUINAS, Thomas Summa Theologica, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 15.

<sup>16</sup> AQUINAS, Thomas, *op. cit.*, p. 106.

<sup>17</sup> DESCARTES, R. Discourse on the Method, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 41.

<sup>18</sup> LOCKE, John. Concerning Civil Government, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 36.

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, The Spirit of Laws, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 2.

causa do livre-arbítrio<sup>20</sup>, determinado infalivelmente pela razão, na imagem de Kant<sup>21</sup>, promotora do desenvolvimento e da emancipação, no passo de John Stuart Mill<sup>22</sup>.

Hegel lembrou que o homem tem o poder de destruir-se, condição que os animais não possuem<sup>23</sup>. Tolstoy fundamentou o fim de “Guerra e Paz” sob impressão de que o objeto da história não é o livre-arbítrio, mas a representação humana do mesmo<sup>24</sup>. Dostoiévsky concebeu Ivan Karamazov conturbado com um estado depressivo que não podia explicar, que lhe retirava esperanças de vida, e que só valeria a partir das expectativas que a individualidade formula<sup>25</sup>.

O antropocentrismo radica nos racionalistas primitivos, que separaram a humanidade da natureza, o mortal do imortal, premissa abraçada pelo cristianismo, que cindiu o mundo físico do universo mental, centro da dúvida radical de Descartes. O cristianismo sacralizou o individualismo, tônica do protestantismo de primeira leva, ambientado no luteranismo e no calvinismo, a aceitarmos os postulados da sociologia weberiana<sup>26</sup>.

O “*cogito*” de Descartes, mais alto ponto do individualismo filosófico, projeta-se na “*Aufklärung*” oitocentista. Esse individualismo encontra-se na constituição norte-americana<sup>27</sup>, arrastando-se até perspectivas filosóficas mais recentes, com estações em Ronald Dworkin<sup>28</sup> e implementado na pragmática do thatcherismo e do reaganismo.

A tradição ocidental dicotomizou homem e natureza, com fundamento num logocentrismo definidor de que só o homem pode falar, obviedade detectada por Hobbes, Descartes, Hegel, Nietzsche e Wittgenstein<sup>29</sup>. Só o homem vive a moralidade. É mau quando traços animais tomam conta de si, a propósito da imagem de Hobbes, para quem o homem é o lobo do homem<sup>30</sup>.

Relativizada e subordinada, a natureza é objeto de controle, e não de comunhão. A humanidade detentora da ciência arroga-se protagonista de messiânica tarefa. Seu papel é de dominar o mundo, e perspectivas frankfurtianas que radicam em Horkheimer,

<sup>20</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. On the Origin of Inequality, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 337.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 265.

<sup>22</sup> MILL, John Stuart. On Liberty of Individuality, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 297.

<sup>23</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. The Philosophy of Rights, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 24.

<sup>24</sup> TOLSTOY, War and Peace, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 690.

<sup>25</sup> DOSTOIEVSKY, The Brothers Karamazov, in: *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952, p. 137.

<sup>26</sup> WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Livraria Pioneiro Editora, 1983.

<sup>27</sup> Kermit L. Hall et alii, *American Legal History*, p. 69 e ss.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Talking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 266 e ss.

<sup>29</sup> GILLESPIE, Alexander, *op. cit.*, p. 10.

<sup>30</sup> Idem, p.11.

Adorno, Benjamin e Marcuse cuidam dessa denúncia.

A legislação ambiental baseia-se nessa diretiva conceitual. Em 1992, a declaração do Rio confirmou tal presunção, fixando o homem no centro da política ambiental. Relega-se o que não é humano à categoria de “recursos”, paradigma que consubstancia ética decorrente de auto-imagem ideologicamente comprometida com um freudianismo explícito de homem dominante.

A sobrevivência e a prosperidade da humanidade vinculam-se à saúde da biosfera (a valermos-nos de um conceito hipocrático) e à interdependência de ecossistemas. Em termos mais explícitos, a humanidade protege a natureza porque a natureza protege a humanidade. Um temor apocalíptico oxigena o ambientalismo.

Surge uma racionalidade econômica a gerir o meio-ambiente, traduzida em cálculos de custo e benefício<sup>31</sup>, reduzindo-se a proteção ambiental ao dinheiro<sup>32</sup>. Questões ambientais tendem a ser assimiladas pela economia; a identidade não é apenas glotológica, aceito que ecologia e economia vinculam-se a raiz idêntica, o “*oikos*” da fala ática.

A análise racional do meio-ambiente preocupa-se com a produtividade, com a obtenção de maior utilidade com um mínimo de ineficiência ou perda. Apropriase do ideário utilitarista de Bentham e protege-se o meio ambiente porque ele é economicamente útil. Dada a relativização da utilidade, emergem antinomias, a exemplo do conflito entre Nova Zelândia e Noruega, a propósito da caça as baleias. Se a natureza nada fez de supérfluo, como pretendeu Aristóteles<sup>33</sup>, o homem a valoriza por um critério de utilidade. Não fosse assim, não cogitaria de matar o vírus da varíola.

Uma ecoteologia insurgente postula justificativas religiosas para a proteção ambiental. Assume-se o panteísmo de Spinoza, que identificava Deus na natureza. Formata-se um ambientalismo espiritual. São Francisco de Assis ganha foros de padroeiro da ecologia, por conta de apologias ao irmão sol, à irmã lua, à irmã água, ao irmão fogo, este último belo, jocundo, robusto, forte<sup>34</sup>. O ambientalismo passa a ser captado num contexto bíblico, com paragens em Gênesis (1:26, 1:28), Lucas (16:2) e Mateus (6:28-29).

Premissas estéticas também autorizam a proteção ambiental. A beleza das montanhas, o pôr-do-sol e o torvelinho de um riacho consubstanciam riquezas que não suscitam aferição monetária. A crematística aristotélica não ousa aferir a axiologia do natural. A bambificação da natureza conheceu seu auge na estética romântica, que pranteou o meio-ambiente em Keats, Byron, Shelley e Rousseau, o caminhante solitário que fazia devaneios numa Genebra ainda bucólica e pastoral.

Para a tradição marxista a estética é experiência social e culturalmente

<sup>31</sup> MORRISON, Alan B.. *Fundamentals of american law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 502 e ss.

<sup>32</sup> FINDLEY, Roger W. e FARBER, Daniel. *Environmental law*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000, p. 108.

<sup>33</sup> GILLESPIE, Alexander, *op. cit.*, p. 48.

<sup>34</sup> ASSIS, São Francisco de. *I Fioretti e cântico das criaturas*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d, p. 136.

determinada, prenhe de conotações ideológicas, calibrada pela necessidade e pelo acaso. Aceita-se o valor estético da natureza como permanente, percebido por Pausânias e por todos os viajantes, dos mais antigos aos cativos da contemporânea indústria do turismo de massa. Não se procura um foco de inspiração, busca-se um ângulo para fotografar.

Prolegômenos culturais exigem a proteção ambiental, em nome da defesa do *habitat* natural e cultural de populações nativas, e a justificativa fora assimilada pelo princípio 22 da Declaração do Rio. Identidades nacionais de referencial ambiental desencadeiam medidas protetivas, a exemplo da luta pela manutenção do canguru australiano, da águia norte-americana, da capivara do setentrião brasileiro.

Concebe-se globalização rousseauiana do nobre selvagem, esquecendo-se que comunidades nativas não oferecem bons exemplos de harmonia ecológica. Nem todas elas são ambientalmente benignas. “*Inuits*” caçam baleias. A antropologia registra canibalismos, circuncisão de mulheres, genocídios.

O antropocentrismo autoriza a menção de valores recreacionais como justificativos da proteção ambiental, desenhando o “*greentourism*”, o festejado turismo verde. Esse ecoturismo promove o desfrute de áreas ecologicamente equilibradas. O turismo ecológico permite o deleite em áreas ecologicamente ameaçadas pela destruição, maltratadas por pescadores vitaminados pelo álcool e entorpecidos pela nicotina.

Pretendem a reconciliação com uma natureza idílica, que não passa de pretexto para a fuga de uma existência urbana banal, esgotada nos serões de uma televisão que idiotiza e nivela diferenças. Cogita-se da manutenção da selva, capítulo mais recente de investidas imperialistas ocidentais.

O antropocentrismo superlativo defende a proteção ambiental em nome do vago conceito de “gerações futuras”. A Lei nº 9.433/97 indica como objetivo da política nacional de recursos hídricos assegurar-se à atual e às “futuras gerações” a necessária disponibilidade de água.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 propõe o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e “futuras gerações”. Defende-se a educação ambiental como um necessário e efetivo compromisso político dos administradores com essas gerações imaginárias<sup>35</sup>.

A preocupação para com elas, as gerações futuras, é típica do pós-guerra. Freqüenta a Convenção Internacional de Regulamentação da Pesca da Baleia (1946), a Declaração de Estocolmo (1972) e a Declaração do Rio, princípio 3 (1992).

Alexander Gillespie imagina um *ombusdman* para as “futuras gerações”<sup>36</sup>. O mote traduz auto-transcendência, atemporalidade. Gerações do passado teriam feito sacrifícios para as pessoas presentes e futuras. Porém nada sabemos a propósito das

<sup>35</sup> REBELLO FILHO, Wanderley e BERNARDO, Christianne. *Guia prático de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 3.

<sup>36</sup> GILLESPIE, Alexander, *op. cit.*, p. 110.

necessidades do amanhã. Há pouco mais de dois séculos não se pensava dos valores do petróleo e do plutônio. A preocupação para com as “futuras gerações” tem certo sabor freudiano, revela culpa e consubstancia eloqüentemente mais uma face do antropocentrismo dominante.

O biocentrismo inspira uma ética de equilíbrio, que tem como certa a premissa que confere validade à preservação da integridade, estabilidade e beleza da comunidade biótica. É um erro comportar-se de outra forma. Por vias transversas submete-se o individualismo ao bem geral. Posições não antropocêntricas reconhecem intrínsecos valores na natureza, valendo-se de paradigmas holísticos, reconhecendo direitos dos animais.

Rejeita-se o paradoxo de Joel Fainberg, para quem árvores não têm desejos ou objetivos, não tem consciência, não têm, portanto, satisfações ou frustrações, dor ou prazer. Nos termos da curiosa imagem de Fainberg, as árvores não poderiam sofrer. O homem não poderia ser cruel com elas<sup>37</sup>. Considera-se a moral dos animais, desenha-se uma ética da terra. Não nos interessa se são racionais, se não podem falar. Nos cabe garantir que eles não sofram. Se direitos existem, eles não podem ser dados aos homens e negados aos animais, desde que o mesmo senso de justiça e compaixão aplica-se em ambos os casos. Dor é dor, não interessa onde <sup>38</sup>.

A par da clivagem conceitual que separa o antropocentrismo do biocentrismo, um outro fator, menos filosófico e mais político, tende a justificar o ambientalismo em países em desenvolvimento, metáfora que qualifica nossa condição periférica. Inegáveis os vínculos entre política econômica e ambiental e política social<sup>39</sup>.

No entanto, o oportunismo tão caro à prática política apropria-se do discurso ambientalista, fazendo da miragem amazônica um refém<sup>40</sup>, forte na aceitação da biodiversidade como patrimônio global. Acenam-se com projetos de factibilidade duvidosa, buscam-se recursos para intervenções que não saem do papel, comercializa-se a esperança.

### 3. CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o antropocentrismo é o substrato filosófico da proteção ambiental. Radica no auto-interesse, em razão econômicas, em justificativas religiosas, estéticas, culturais, recreacionais.

Constrói-se o mito das “futuras gerações”. Formata-se uma reação biocêntrica, ainda não totalmente esclarecida, com as cores de um antropocentrismo retificado, mitigado, emancipado. Percebe-se uma apropriação mercadológica, que transita num discurso messiânico, apocalíptico, escatológico, pouco crítico, e que irresponsavelmente vê proteção ambiental em instâncias

<sup>37</sup> Idem, p. 152.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>39</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 91 e ss.

<sup>40</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Solange S., *op. cit.*, p. 169.

históricas para as quais o ambientalismo não era problema.

O problema é prioritariamente de ordem econômica, o que não significa que não deva ser enfrentado a partir de matiz conceitual filosófico, que valorize a presença do homem da terra, e que plasme, ainda outra vez, o cânon superior da dignidade da pessoa humana, realizado de forma absoluta na medida em que vivamos em meio pouco hostil e mais propício para o pleno desenvolvimento de nossas capacidades criadoras.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Mortimer J. (edit). *The great ideas. A Syntopicon of Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

AQUINAS, Thomas. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

ARISTOTLE. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

ASSIS, São Francisco de. *I Fioretti e cântico das criaturas*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d..

BURNET, John. *L'Aurore de la philosophie grecque*. Paris: Payot, 1952.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DESCARTES, René. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

DOSTOIEVSKY, Fyodor Mikhailovich. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

DWORKIN, Ronald. *Talking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

FINDLEY, Roger W. e FARBER, Daniel. *Environmental law*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

GILLESPIE, Alexander. *International environmental law policy and ethics*. New York: Oxford University Press, 1997.

HALL, Kermit L., et alii. *American legal history*. New York: Oxford University Press, 1996.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

KANT, Immanuel. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

LOCKE, John. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.

- MILL, John Stuart. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.
- MONTESQUIEU. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.
- MORRISON, Alan B.. *Fundamentals of american law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- PLATO. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.
- REBELLO FILHO, Wanderley e BERNARDO, Christianne. *Guia prático de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ROBIN, Léon. *La pensée grecque*. Paris: Albin Michel, 1948.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.
- SILVA-SÁNCHEZ, Solange S.. *Cidadania ambiental: novos direitos no brasil*. São Paulo: Humanitas/USP, 2000.
- SURYA, Surya Prakash. *Jurisprudence-legal philosophy*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1993.
- ST. AUGUSTINE. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.
- TOLSTOY, Leo. *Great books of the western world*. Chicago: Britannica, 1952.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Livraria Pioneiro Editora, 1983.





# DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

---

*Denise Lucena Cavalcante<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O presente estudo trata das diretrizes do Sistema Tributário Nacional e sobre as necessidades de mudanças no contexto do século XXI, quando se faz necessário à adoção de mudanças urgentes para dar limites à atividade de tributar do Estado. A análise é feita a partir das diretrizes constitucionais, enfatizando a necessidade de adaptação deste sistema aos novos paradigmas do mundo contemporâneo. Constatou-se que o sistema constitucional tributário já obteve grandes avanços com a disposição expressa das *limitações ao poder de tributar*, reforçando no âmbito constitucional os direitos do cidadão-contribuinte, mas, muito ainda há que ser feito para que se possa alcançar a justiça fiscal.

## **Palavras-chaves**

Sistema Tributário Nacional. Princípios constitucionais.

## **RESUMEN**

El presente estudio es un abordaje de las directrices del Sistema Tributario Nacional y la necesidad de modificación en el contexto del siglo XXI, donde es necesario la adopción de cambios urgentes para dar mayor eficiencia a la actividad de tributar del Estado. El análisis es conforme las directrices constitucionales, así como, enfatizar la necesidad de adaptación de este sistema a los nuevos paradigmas del mundo contemporáneo. En Brasil, el Sistema Constitucional Tributario obtuvo grandes avances con la disposición expresa en las limitaciones del poder de tributar, reforzando en el ámbito constitucional los derechos del ciudadano-contribuyente, más todavía, mucho ha que hacer para que se pueda alcanzar la justicia fiscal.

## **Palabras-claves**

Sistema Tributario Nacional. Principios constitucionales.

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará – UFC. Vice-coordenadora da Pós-graduação em Direito/UFC. Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: deniluc@fortalnet.com.br .

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para melhor compreender as diretrizes do Sistema Tributário Brasileiro na contemporaneidade é preciso fazer uma análise histórica dos dispositivos normativos e das transformações político-sociais que ocorreram nos últimos anos.

A alteração do papel do Estado, como também da propriedade e do próprio Direito neste século XXI, acentuada pela globalização da economia e pela revolução tecnológica, tem que ser levada em consideração para uma adequada compreensão do Direito Tributário atual.

Voltando ao contexto histórico do Código Tributário Nacional promulgado em 1966, ver-se-á a influência do direito comparado, destacando o direito tributário alemão e italiano, através das obras de Albert Hensel, Achille Donato Giannini, Ezio Vanoni, Benvenuto Griziotti e Dino Jarach.<sup>2</sup>

É preciso destacar que na década de sessenta a Administração Fazendária tinha um papel bem diferente de hoje, prevalecendo naquela época ainda uma fiscalização direta e com um sistema bem mais simples.

Já em 1988, quando promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, foram feitas importantes alterações no Sistema Tributário Nacional, elencando em seu texto uma série de diretrizes que hoje representam a chamada Constituição Tributária.

Porém, após 1988, com as importantes alterações na estrutura político-administrativa brasileira, principalmente as decorrentes da globalização econômica e revolução tecnológica, exigem-se alterações no Direito Tributário.

Esta adaptação do sistema jurídico aos novos tempos, onde predomina a celeridade e a transparência, necessita da modificação de conceitos importantes que se solidificaram com o passar dos anos, dentre eles, a noção do próprio *tempo* e do *espaço*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Sobre a influência da doutrina estrangeira cita-se o trecho: “Destacam-se os autores a seguir [os citados] pela influência que exerceram nos juristas brasileiros, principalmente no período de elaboração do Código Tributário Nacional, estabelecendo pressupostos teóricos que foram a base para as teorias que ainda hoje predominam em grande parte da doutrina. As obras selecionadas [*Steuerrecht* – Albert Hensel; *Schweizerisches Steuerrecht* – Ernst Blumenstein; *Instituciones de derecho tributário* – Giannini; *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, Ezio Vanoni; *Principios de ciencia de las finanzas* – Benvenuto Griziotti; *El hecho imponible – teoría general del derecho tributário substantivo* – Dino Jarach; *Principios de derecho tributário* – Antonio Berliri] são consideradas indispensáveis para a compreensão do direito tributário contemporâneo, além de permitir uma agradável digressão aos sistemas jurídicos de outras povos e épocas, seguindo a orientação de René Descartes: “A leitura dos clássicos permite empreender jornadas mentais pelo passado e travar conversação com os homens mais nobres de outras idades.” (CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário – a função do cidadão-contribuinte na relação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.52).

<sup>3</sup> “Este nuevo modelo derivado de los avances de la tecnología viene transformando los paradigmas jurídicos de forma tan radical que casi no ha dejado espacio para la adecuación de los conceptos tradicionales, exigiendo frecuentes ajustes del pensamiento jurídico. Para la comprensión de estos cambios en las disposiciones fundamentales del orden de las cosas, nada mejor que partir

O Sistema Tributário Nacional tem tido freqüentes alterações, mas, ainda, está muito longe de atender aos anseios da sociedade contemporânea, que passa a atuar diretamente na administração fazendária, exigindo cada vez mais um papel de um Estado eficiente e com parcimônia em seus gastos.

Cada ente público tem sua parcela de responsabilidade nesta fase de transição por qual passa a sociedade brasileira. A própria federação tem que ser rediscutida, ficando bem delineadas as atribuições da União, dos Estados-membros e dos Municípios em matéria fiscal.

## 2. FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

Para bem compreender o sistema tributário de um país é preciso antes conhecer a sua estrutura e organização estatal, daí iniciar-se a presente apresentação pela forma como está organizada a federação brasileira, conforme minuciosa exposição no texto constitucional.

A Constituição brasileira alberga os princípios fundamentais do sistema jurídico, como muito bem esclarece Hugo de Brito Machado<sup>4</sup>:

A Constituição, além de estabelecer a estrutura e o funcionamento dos órgãos mais importantes do Estado, alberga as normas fundamentais de um sistema jurídico e os princípios com os quais restam positivados os valores fundamentais da comunidade. Por isto mesmo é que se coloca na posição de maior hierarquia do sistema de norma que compõem o direito positivo. Assim, entende-se que a Constituição é a base do sistema jurídico. Base no sentido de que todas as demais normas do sistema nela têm o seu fundamento de validade.

O Brasil caracteriza-se por sua forma federativa de Estado, composta pela União Federal, 26 Estados-membros, 5.564 Municípios e o Distrito Federal, integrando todos a República Federativa do Brasil<sup>5</sup>.

---

del análisis del lenguaje, aplicando los fundamentos de Michel Foucault, que orienta que la interpretación de la experiencia actual debe partir de la aplicación de las formas del lenguaje al orden de la sociedad. Vive hoy la era de la construcción, o como bien define Luc Ferry, de la elaboración activa, de una nueva estructura que definirá el orden político, social y jurídico en la era de la virtualidad, era del pasaje del pasivo para el activo, de lo dado a lo construido. La certeza hoy es que el futuro llegó y el Estado, el Derecho y la sociedad tienen que adaptarse a las nuevas reglas. Esta metamorfosis de las instituciones políticas, sociales y jurídicas exige nuevos análisis. El mundo ahora está prácticamente sin fronteras, esperando la conclusión de los puentes que permitirán esa conexión de lo real con lo virtual; del pasado con el presente; de lo distante con lo próximo; en definitiva, la pasarela jurídica que unirá este mundo.”(CAVALCANTE, Denise Lucena. La evolución del pensamiento – el pasaje del lenguaje escrito para el lenguaje virtual y sus implicaciones en el mundo jurídico.” *Revista de direito internacional, econômico e tributário*. Vol. 3, n. 1, jan./jun. Brasília: Fortium, 2008, p. 63).

<sup>4</sup> *Uma introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 147.

<sup>5</sup> Assim estabelece a Constituição: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Os entes da federação são dotados de autonomia, abrindo mão da soberania para que a República Federativa do Brasil atue no âmbito internacional.

Quando se estabelece a autonomia dos entes federados significa que eles não possuem uma relação hierárquica entre si, sendo capazes de ter sua própria administração e gestão<sup>6</sup>. Contudo, ressalta-se que no Brasil ainda existe uma grande dependência econômica dos Estados e Municípios, comprometendo severamente a autonomia proclamada na Constituição, pois não há que se falar em autonomia sem a devida capacidade financeira.

Um dos grandes desafios do Brasil é exatamente desenvolver-se economicamente neste sistema federado<sup>7</sup>.

O sistema federativo fiscal brasileiro precisa propiciar aos Estados e Municípios não só a autonomia política, mas, principalmente, a autonomia financeira, alcançando a independência prevista por Paulo Bonavides<sup>8</sup>:

No Estado federal, deparam-se nos vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos. Não possuem esses Estados soberania externa e do ponto de vista da soberania interna se acham em parte sujeitos a um poder único, que é o poder federal, e em parte conservam sua independência. Movendo-se livremente na esfera da competência constitucional que lhes for assinalada para efeito de auto-organização. Como dispõem dessa capacidade de auto-organização, que implica o poder de fundar uma ordem constitucional própria, os Estados-membros, atuando aí fora de toda a submissão a um poder superior e podendo no quadro das relações federativas exigirem do Estado Federal o cumprimento de determinadas obrigações, se convertem em organizações políticas incontestavelmente de caráter estatal.

Há no contexto brasileiro uma grande submissão econômica dos Estados e Municípios frente à União Federal, vez que esta detém a maior parte da arrecadação tributária e, ainda, condiciona os repasses financeiros obrigatórios a regras flexíveis por ela própria estabelecida, causando uma visível agressão ao princípio federativo e caracterizando-se numa utopia de autonomias, como

- 
- I – a soberania;
  - II - a cidadania;
  - III – a dignidade da pessoa humana;
  - IV – os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada;
  - V – o pluralismo político.”

<sup>6</sup> Neste sentido estabelece Roque Carrazza: “Laboram em erro os que vêem uma relação hierárquica entre o governo central e os governos locais. O que há, na verdade, são para cada uma dessas entidades políticas, campos de atuação autônomos e exclusivos, estritamente traçados na Carta Suprema, que lei alguma pode alterar.” (*Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 96).

<sup>7</sup> O federalismo é cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”.

<sup>8</sup> *Ciência política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 207-208.

bem afirma André Elali.<sup>9</sup>

A previsão do constituinte originário em 1988 determinava no art. 160 a proibição da vedação dos repasses constitucionais, porém, logo depois, pela Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, tal vedação foi restringida, permitindo a retenção e bloqueio no caso de dívidas dos entes estatais, nos seguintes termos:

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de seus recursos:

I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, II e III. [*Este artigo trata da aplicação dos percentuais obrigatórios para a saúde*].

O dispositivo constitucional supra transcrito ainda hoje é alvo de críticas, pois permite uma retenção de recursos que originalmente pertenciam aos entes federados, não devendo ter restrições, nem mesmo no caso de dívidas. O fato de haver dívidas por si só não justificaria as retenções e bloqueios, principalmente, no contexto brasileiro onde quase todos os Municípios são devedores da Previdência Social.

Além das discrepâncias econômicas entre os entes federados brasileiros, ainda existem as diferenças econômicas da população. Percebe-se, pois, as dificuldades em administrar o quinto maior país do mundo, que tem de fronteira terrestre 15.700 Km, com uma população de com mais de 190 milhões de habitantes.

Só para se ter uma idéia da distorção econômica que prevalece no Brasil, de sua imensa população, somente cerca de 25 milhões de brasileiros são contribuintes do imposto de renda, ou seja, pouco mais de 10% da população, o que caracteriza a má distribuição da renda *per capita* no país<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> André Elali faz uma crítica bem fundamentada sobre o assunto: “Não que a centralização total seja um *caminho sem volta*, mas uma menor descentralização é que deve estruturar as relações no Brasil, adequando-se à realidade concreta, e não permanecendo numa *utopia* de autonomias. Autonomias que, como visto, não existem materialmente de forma ampla e na grande maioria dos entes, mas apenas formalmente. Isso em função da necessidade de redução dos problemas que um federalismo fiscal como o brasileiro tem causado, como, por exemplo, o caótico sistema jurídico tributário em sua amplitude de normas, a constante invasão de competências, a concessão incentivos como forma de atração de investimentos (“guerra fiscal”) e desnaturações de institutos e entidades de Direito. De outra sorte, o fenômeno impositivo brasileiro tem constituído um dos maiores óbices do crescimento econômico sustentável, por onerar, de forma absurda, a produção e circulação de produtos e serviços. Deveria, ao contrário, seguindo modelos mais desenvolvidos, priorizar as exações sobre a renda e o capital. (*O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 88).

<sup>10</sup> “O Brasil é um dos países que carrega o peso de ser o país mais injusto do mundo, aquele em que a distribuição de renda é pior. A injustiça não decorre da pobreza – o Brasil é a 11ª economia do

Neste país de proporções continentais as dificuldades são muitas, motivo pelo qual o constituinte originário em 1988 determinou como um dos princípios fundamentais previstos na República Federativa do Brasil a busca da redução das desigualdades sociais e regionais, assim dispondo na Constituição Federal:

"Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. "

Tal previsão constitucional é importante, pois exerce uma maior pressão legislativa nas políticas públicas visando a estabelecer condutas que sejam voltadas para a minimização dos problemas sócio-econômicos decorrentes das desigualdades regionais.

Por isso, mesmo diante de tantas discrepâncias entre o texto formal e a realidade social, a Constituição exerce um papel importante na luta constante de controlar os excessos decorrentes da má compreensão da soberania estatal, limitando o poder de tributar e repetindo insistentemente o elenco dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte.

Daí a relevância do chamado Direito Constitucional Tributário e não, Direito Tributário Constitucional, como bem ressaltou José Osvaldo Casás<sup>11</sup>, devendo a Constituição ser sempre a base de todo e qualquer estudo das normas de tributação.

Também, neste sentido, esclarece Rodolfo Spisso<sup>12</sup> que toda análise jurídica deve partir da perspectiva constitucional:

Es por ello que la institución tributaria, al igual que las demás

---

mundo, em termos de produção bruta -, mas de sua péssima distribuição. A injustiça decorre do contraste entre os mais ricos e os mais pobres, entre o pólo de riqueza – similar ao de países de Primeiro Mundo – e o pólo de pobreza, similar ao dos países mais pobres do mundo" (SADER, Emir. *Perspectivas*. Coleção Os porquês da desordem mundial. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 129).

<sup>11</sup> Com propriedade, assim esclarece José Osvaldo Casás: "El sector jurídico en el que nos desenvolveremos, conforme a las mejores tradiciones de la doctrina latina de la tributación – americana y europea – encuentra su mas correcta caracterización cuando se alude a él como "Derecho constitucional tributario", y no como "Derecho tributario constitucional". (...) Dentro del vasto espectro que conforma el "Derecho constitucional tributario" se vislumbran claramente dos secciones; una elaborada a partir de la parte dogmática de las constituciones en los Estados de Derecho o "Derecho constitucional de la libertad", que corporiza todo un sistema de derechos y garantías del ciudadano que actúa como límite y cauce al ejercicio de la potestad tributaria normativa del Estado (...)." (*Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 119).

<sup>12</sup> SPISSO, Rodolfo R. *Derecho constitucional tributario*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 3.

instituciones jurídicas que integran nuestro ordenamiento, no puede ser suficientemente comprendida ni explicada si no es a la luz de la perspectiva constitucional. El programa constitucional ilumina y condiciona de tal manera a las concretas instituciones jurídicas, que éstas, para responder a criterios de justicia, no deben estar sólo al servicio de sus fines y objetivos específicos, sino también al servicio de los fines y objetivos constitucionales. De ahí, la necesidad de que el análisis del plan o programa constitucional haya de constituir en el futuro uno de los puntos básicos en la elaboración doctrinal de los estudiosos de cualquier ciencia jurídica. Desde esa perspectiva, la Constitución se nos presenta como un instrumento no exclusivamente regulador de los principios cardinales de la organización y funcionamiento del gobierno, sino, esencialmente, de restricción de poderes en amparo y garantía de la libertad individual.

Diante desta peculiaridade, compartilhamos do pensamento de Humberto Ávila quando afirma que o Direito Tributário Brasileiro é essencialmente um Direito Constitucional Tributário<sup>13</sup>.

### 3. SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Brasil destaca-se por conter em seu texto constitucional um extenso capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional.<sup>14</sup>

Pode-se afirmar que a Constituição Brasileira, por sua extensão e detalhes, é *reglamentarista*, adotando aqui o termo aprendido com Domingo Garcia Belaunde em sua obra *Constitución y política*<sup>15</sup>:

Y el punto es el siguiente; o se elabora una constitución principista (o analítica) o se prefiere una constitución extensa (o reglamentarista). La idea que anima a la primera es que la constitución, sin ser un texto largo, debe ser sobria en su exposición, conteniendo solamente los principios más generales en lo que se refiere a los derechos fundamentales y a los medios para protegerlos, así como los mecanismos precisos para el comportamiento y control entre los poderes. Los demás aspectos, deberán ir tratados en leyes o estatutos constitucionales (como decía en días pasados Alberto Borea O., en estas mismas páginas) y cuya modificación debe tener

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110.<sup>1</sup>

<sup>14</sup> “O sistema tributário nacional é o conjunto de normas positivas e princípios que, tendo como ápice a Constituição Federal, regula os direitos e deveres tributários tanto dos contribuintes quanto do Poder Público. O dever de pagar tributos é tão fundamental quanto os direitos assim denominados na CF (saúde, educação, moradia, liberdade), pois a arrecadação é o antecedente lógica da despesa, meio público de efetivação do direitos fundamentais.” (WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 140).

<sup>15</sup> BELAUNDE, Domingo Garcia. *Constitución y Política*. 3. ed. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional n. 2. 2007, p. 107.

un trámite especial. Lo contrario es caer en toda nuestra tradición republicana, de textos muy ceñidos y detallados, que envejecen con el tiempo. Es preciso hacer hincapié en esta idea fundamental, ya que una constitución no puede ser un memorial de agravios ni un catecismo político.

Excessivamente detalhista é o Sistema Tributário Brasileiro na Constituição de 1998, tendo muitas normas que poderiam mesmo estar na legislação ordinária<sup>16</sup>.

O Capítulo I, do Título VI, da Constituição Brasileira – CB/88 – trata da Tributação e do Orçamento, em 19 (dezenove) artigos e mais de 100 (cem) incisos e alíneas, apresentando o Sistema Tributário Nacional. Tantos dispositivos constitucionais podem ser justificados se considerar que a Constituição Brasileira foi promulgada em 1988, ou seja, mais de vinte anos depois do Código Tributário Nacional - CTN, que foi promulgado pela Lei n. 5172, de 25 de outubro de 1966. Sendo o CTN anterior a CF/88 esta o recepcionou como Lei Complementar, atendendo ao disposto no art. 146, da CF/88 que determina que somente Lei Complementar<sup>17</sup> poderá tratar de Normas Gerais de Direito Tributário.

O Sistema Tributário Nacional está disposto em seis seções da Constituição da República Federativa do Brasil, com os seguintes subtítulos:

- **Art. 145 ao art. 162:**
- Dos Princípios Gerais
- Das Limitações ao Poder de Tributar
- Dos Impostos da União
- Dos Impostos dos Estados e Distrito Federal
- Dos Impostos dos Municípios
- Da Repartição das Receitas Tributárias

Em relação à repartição dos impostos, o constituinte delimitou quais os impostos que cada ente da federação poderá instituir, por isso que se diz que no Brasil a discriminação constitucional de competência é rígida, não

<sup>16</sup> “A Constituição de 1988 [brasileira] é uma das mais progressivas do mundo, embora o seu caráter detalhista possa fazê-la conter elementos materialmente espúrios. Contudo, é um marco na construção constitucional, e especialmente preocupada com a cidadania, por isso merecendo o cognome de Constituição Cidadã.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito constitucional geral*. Lisboa: Guid Juris, 2006, p. 225).

<sup>17</sup> No Brasil as leis podem ser complementares ou ordinárias. A regra geral é lei ordinária, sendo a lei complementar a exceção, portanto, quando necessária, dependendo da matéria, o constituinte determina expressamente. De forma clara expõe José Afonso da Silva: “Quanto a estas últimas [lei complementar] nada mais carece dizer senão que só diferenciam do procedimento de formação das leis ordinárias na exigência do voto da maioria absoluta das Casas, para sua aprovação (ar. 69), sendo, pois, formadas por procedimento ordinário com *quorum* especial.” (*Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 531).

podendo os outros entes estatais instituir novos impostos<sup>18</sup>, ressalvado somente a competência residual da União Federal<sup>19</sup>

Esclarece-se, por oportuno, que no Brasil o tributo representa o gênero, cujas espécies são: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

As contribuições sociais no direito brasileiro merecem destaque, sendo hoje de grande relevância na arrecadação tributária, representando um elevado percentual no total da arrecadação, o que se faz questionar sua natureza originalmente extrafiscal para fiscal, se é que ainda se pode fazer tal distinção.

#### 4. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Os princípios dispostos na Constituição Brasileira refletem as mudanças histórico-políticas do Direito Brasileiro, quando instaura em 1988 a democracia no Brasil.

Apesar de muitas das previsões normativas ainda não gozarem de plena eficácia, as normas previstas no capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional já representam um grande avanço. Cabe agora ao jurista brasileiro fazer com que a eficácia destas normas alcance a realidade, como ensina Paulo Bonavides<sup>20</sup>:

Como toda Constituição é provida pelo menos de um mínimo de eficácia sobre a realidade – mínimo que o jurista deve procurar converter, se possível, em máximo – é claro que o problema constitucional toma em nossos dias nova dimensão, postulando a necessidade de colocá-lo em termos globais, no reino

<sup>18</sup> "As competências privativas antes referidas implicam, de um lado, numa afirmação do poder fiscal de seu titular; e de outro, porém, implicam numa negação deste mesmo poder. De fato, com base em sua soberania o Estado tudo poderia fazer. A Constituição, entretanto, limita esse poder à medida que o partilha entre as ordens parciais de governo que compõem a Federação. Tal é feito através de atribuição de campos econômicos determinados a cada um. Assim, tem o legislador competente a possibilidade de instituir o imposto dentro dos lindes de seu campo. Se, entretanto, extravasá-lo de qualquer forma ou captar manifestação de riqueza diversa da que lhe foi atribuída, haverá inconstitucionalidade por invasão de competência. Daí a importância de investigar se os fatos de exteriorização escolhidos pela lei tributária estão compreendidos no campo reservado à competência da entidade tributante ou ainda se os critérios de determinação de tributo não o desnaturam." (SOUZA, Hamilton Dias de. A competência tributária e seu exercício: a racionalidade como limitação ao poder de tributar. In *Princípios e limites da tributação*. Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260).

<sup>19</sup> "Art. 154. A União poderá instituir:

- I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
- II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação."

<sup>20</sup> *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79.

da Sociedade. Essa sociedade, invadida de interferências estatais, não dispensa, por conseguinte, o reconhecimento das forças que nela atuam poderosamente, capazes de modificar com rapidez e frequência, o sentido das normas constitucionais, maleáveis e adaptativas na medida em que possam corresponder, de maneira satisfatória, às prementes e fundamentais exigências do meio social.

O constituinte ao estabelecer tantas diretrizes buscou consolidar o compromisso de transformação da sociedade brasileira através da nova ordem constitucional<sup>21</sup> em contraponto a desordem sócio-econômica que insiste em permanecer no país<sup>22</sup>.

Daí, a princípio, numa primeira leitura da Constituição brasileira, se ter a sensação de que muitas regras são redundantes ou óbvias, porém, o que pretendeu o constituinte foi essencialmente resguardar os direitos fundamentais do cidadão-contribuinte limitando os poderes do Estado aos estritos liames legais, através de princípios constitucionais.

As limitações constitucionais ao poder de tributar são tratadas como Princípios Gerais (Seção I - Art. 145 ao Art. 149-A) da Constituição Brasileira.

Esses princípios<sup>23</sup> representam, de um lado, as garantias fundamentais do

---

<sup>21</sup> Ives Gandra da Silva Martins comenta com propriedade: “Os vinte anos da 7ª Constituição Brasileira demonstram que o regime jurídico por ela instituído propiciou uma estabilidade institucional jamais alcançada, sob as Constituições anteriores. (...). Em outras palavras: o regime democrático funcionou perfeitamente, o que, a meu ver se deveu ao fato de a Constituição de 1988 ter conformado um equilíbrio de Poderes, desconhecido, por exemplo, de nossos vizinhos (Venezuela, Equador e Bolívia), cujas Constituições, mais recentes do que a nossa, não foram capazes de instituir. Com efeito, nestes países, as Constituições privilegiam apenas o Poder Executivo – são quase ditaduras – tornando os outros 2 Poderes (Legislativo e Judiciário) vicários e subordinados ao Executivo. Talvez tenha sido o grande mérito da Lei Suprema de 1988, que, nada obstante as 62 emendas (56 no processo ordinário e 6 no revisional) e os 1.600 projetos de emenda em trânsito no Congresso, mantém a estabilidade democrática, graças a estabilidade das instituições. Neste particular, a efetividade da Constituição é inequívoca. No campo tributário, todavia, permanecem indiscutíveis impasses, que têm levado a sucessivas modificações.” (Efetividade da Constituição em matéria tributária. In *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Magister e CEU. Vol. 12, jan./fev. 2009, p. 23).

<sup>22</sup> Sobre a questão da desordem mundial, sugere-se a leitura: SADER, Emir. *Perspectivas*. Coleção Os porquês da desordem mundial. Rio de Janeiro: Record, 2005.

<sup>23</sup> “Conforme ensinou Jean Boulanger, os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Eles contêm, em estado de virtual (*à l'état de virtualité*), um grande número de soluções exigidas pela realidade. Uma vez afirmados e aplicados pela Jurisprudência, os princípios constituem o material graças ao qual a doutrina pode edificar com confiança as construções jurídicas. E conclui aquele autor francês: ‘*Le constructions juridiques ont les principes pour armature*’ A concepção do Direito como um sistema normativo alicerçado em princípios requer uma visão de ordem jurídica diferente daquela construída no passado. Aceitar o fato de que a ordem jurídico-positiva é articulada em torno de princípios, que conferem sistematicidade orgânica ao real funcionamento do Direito, tem como consequência uma profunda alteração na forma de pensar e de se aplicar o Direito.” (PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 28).

cidadão-contribuinte e, do outro, um freio ao poder do Fisco, conforme define Hugo de Brito Machado<sup>24</sup>:

Em sentido amplo, é possível entender-se como limitação ao poder de tributar toda e qualquer restrição imposta pelo sistema jurídico às entidades dotadas desse poder. Aliás, toda atribuição de competência implica necessariamente limitação. A descrição da competência atribuída, seu desenho, estabelece seus limites.

O Sistema Tributário Brasileiro reconhece os princípios gerais de direito tributário no texto da Constituição<sup>25</sup>, dentre os quais destacam-se os seguintes:

- Capacidade contributiva (Art. 145, § 1º)
- Legalidade (Art. 150, I)
- Isonomia (Art. 150, II)
- Irretroatividade (Art. 150, III, a)
- Anterioridade (Art. 150, III, b)
- Não confisco (Art. 150, IV)
- Liberdade de tráfego (Art. 150, V)

Além dos princípios acima especificados, o constituinte também estabeleceu na Constituição Brasileira a imunidade referente aos impostos, representando esta imunidade também uma limitação constitucional ao poder de tributar.

A imunidade tributária significa a impossibilidade da União, dos Estados e dos Municípios instituírem impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços nos casos previstos na Constituição. Trata-se, pois, de uma garantia constitucional,

---

<sup>24</sup> *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, p. 274.

<sup>25</sup> DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR (Constituição Federal):

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público."

conforme expresso no texto a seguir<sup>26</sup>:

A não-incidência constitucional representa mesmo uma garantia aos cidadãos quando devidamente prevista. Havendo uma norma limitadora determinando que pessoas, bens e serviços não sejam tributados, tal norma estará gerando direito, qual seja, a garantia da não exação.

Ao contrário da incidência da norma, que uma vez ocorrida faz nascer direitos para o Fisco, precisamente o direito de constituir um crédito, a norma que impede a incidência, ou mesmo veda de antemão qualquer interferência em determinados casos, também cria direitos, só para o cidadão e não para o Fisco.

Como mencionado anteriormente, a imunidade restringe-se somente aos impostos, não alcançando as demais espécies tributárias.

Neste século XXI os princípios têm crescido e passam a direcionar mais diretamente o Direito, superando a fase da estrita aplicação das regras. Percebe-se isto nas decisões jurisprudências que já não se limitam à mera aplicação da regra por subsunção.

Como afirma Hugo de Brito Machado o direito brasileiro vem mostrando uma certa tendência para o prestígio dos precedentes, que aos poucos se vão consubstanciando em súmulas dos tribunais<sup>27</sup>.

Novos paradigmas prevalecem nesta época, onde se deve buscar muito mais os ideais de justiça, do que a mera aplicação de lei genérica, seja ela boa ou má. Neste contexto, pode-se afirmar que a “má-lei” deve ser expurgada do sistema através da força constitucional dos princípios gerais do Direito.

Nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha, seria a tutela do caso concreto e não da lei geral<sup>28</sup>:

*Um Direito do concreto.* Direito mais da tutela do *caso concreto* que da lei geral (Perelman, Müller). Ousaríamos dizer que se deverá ir pelo pensamento tópico-problemático e não pelo pensamento dogmático, pelo judicialismo e não pelo normativismo e, até, pelo pluralismo jurídico (desde logo pluralismo nas fontes consideradas) e não pelo monismo jurídico – sobretudo na sua veste de positivismo legalista do *dura lex sed lex* e, pior ainda, na sua versão portuguesíssima, são *ordens*, com ou sem acompanhamento do *argumentandum baculinum*... Também o direito pós-moderno dá prioridade ao cumprimento de um conjunto mínimo de leis, contra a selva normativa, que banaliza ou trivializa a norma: e a

<sup>26</sup> RODRIGUES, Denise Lucena. *A imunidade como limitação à competência impositiva*. Malheiros: São Paulo, 1995, p. 21.

<sup>27</sup> Hugo de Brito Machado aborda esta questão quando explica as características do *sistema do direito legislado* e o *sistema do direito do caso*. (In *Uma introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 48).

<sup>28</sup> *Geografia constitucional – sistemas juspolíticos e globalização*. Lisboa: Quid Juris. 2009, p. 314.

má norma, como a má moeda, expulsa a boa.

Estas idéias são muito importantes para o Direito Tributário, visto que este é um dos ramos mais rígidos do Direito e está sempre relacionado com conflitos patrimoniais entre o Fisco e o cidadão-contribuinte.

O Direito Tributário também tem que se adaptar aos novos paradigmas da pós-modernidade, minimizando seu aspecto coercivo e burocrático e, muitas vezes, ameaçador, conforme exposto pelo próprio símbolo da Receita Federal do Brasil que ainda hoje é a figura do “leão” como animal representativo deste órgão.

A simbologia leonina é completamente incompatível com o atual Estado Democrático de Direito, além de prejudicar a imagem do Fisco, que insiste em uma figura propagandista da década de setenta, onde ainda reinava a ditadura militar no Brasil<sup>29</sup>.

As grandes mudanças no sistema tributário brasileiro devem começar nos pequenos detalhes (sugere-se, desde logo, a extinção do inapropriado símbolo do leão), partindo da mudança burocrática dos balcões de atendimento dos órgãos fazendários até a reafirmação dos princípios constitucionais tributários.

## 5. REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Já faz algum tempo que se discute no Brasil a necessidade de uma Reforma Tributária. Alguns textos legislativos já foram propostos, porém, o mais recente está em tramitação no Congresso Nacional através da Proposta de Emenda Constitucional n. 233 (PEC n. 233/2008).

O contexto da Reforma Tributária no Brasil vem sendo alterado freqüentemente e o texto final que hoje tramita no Congresso Nacional já está com tantas alterações que não mais representa uma reforma que possa melhorar o sistema tributário vigente.

Desde a promulgação da Constituição em 1988, mais de 60 (sessenta) alterações nos dispositivos constitucionais já foram instauradas no Sistema Tributário Nacional, através das 10 Emendas Constitucionais a seguir elencadas:

- EC n. 3, de 17/03/1993
- EC n. 20, de 15/12/1998
- EC n. 29, de 13/09/2000
- EC n. 33, de 11/12/2001

<sup>29</sup> A figura do leão fazendário é, inclusive, o destaque do programa “cidadania fiscal” que, embora de excelente qualidade, a nosso ver, não deveria insistir na figura do “leão fazendário”. Disponível em: <http://leaozinho.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 12/10/2009.

- EC n. 37, de 12/06/2002
- EC n. 39, de 19/12/2002
- EC n. 41, de 19/12/2003
- EC n. 42, de 19/12/2003
- EC n. 44, de 30/06/2004
- EC n. 55, de 20/09/2007

Tantas alterações têm fundamento na própria Constituição Brasileira que tem previsão expressa sobre a necessidade de avaliação periódica da funcionalidade do sistema tributário nacional e, considerando que as principais diretrizes do sistema encontram-se no texto constitucional, quase todas as alterações só podem ser feitas por emendas constitucionais.

Assim prevê o art. 52, da Constituição Federal:

"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Texto incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)."

As mudanças já ocorridas ainda não conseguiram suprir as necessidades contemporâneas do país, dentre elas, a vigência de um sistema eficiente que viabilize a justiça fiscal; a criação de uma estrutura estatal compatível com as mudanças efetivadas e a existência de condições concretas para enfrentar a litigiosidade fiscal em massa que predomina no Brasil.

A exposição de motivos do Projeto de Emenda Constitucional n. 233/2008 estabelece teoricamente como objetivos principais: 1. simplificação do sistema tributário, reduzindo e desburocratizando a legislação; 2. fim da guerra fiscal; 3. correção de distorções na estrutura tributária que prejudicam o investimento e a eficiência; 4. desoneração tributária, com foco nos tributos que mais prejudicam o crescimento; 5. melhora da Política de Desenvolvimento Regional; 6. melhoria da qualidade das relações federativas.

Não obstante a clareza dos objetivos acima expostos, a íntegra da PEC n. 233/2008 muito longe está de alcançar as ambiciosas diretrizes elencadas na exposição de motivos, sendo o projeto muito mais de uma reforma administrativo-fiscal do que mesmo uma reforma tributária.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se no presente estudo fazer uma abordagem do atual Sis-

tema Tributário Nacional conforme as diretrizes constitucionais, enfatizando necessidade de adaptação deste sistema aos novos paradigmas do Direito neste século XXI.

Quando se apresenta determinada estrutura jurídica de um país, deve dar uma visão de como as instituições que instrumentalizam o Direito atuam, deixando claro como é a realidade advinda dos casos concretos.

No Brasil, o Sistema Constitucional Tributário obteve grandes avanços com a disposição expressa das Limitações ao Poder de Tributar, reforçando no âmbito constitucional os direitos do cidadão-contribuinte.

Nesta era principiológica deve-se buscar uma reafirmação dos princípios expressos no texto Constitucional, enfocando a materialização destes em regras específicas, ou seja, em medidas simples e de grande alcance, como por exemplo, na desburocratização no atendimento direto ao cidadão-contribuinte; na necessidade de cordialidade nos guichês de atendimento; na elaboração de diretrizes coletivas de esclarecimento de novas regras; simplificação e disponibilização do sistema de atendimento eletrônico; enfim, atos concretos e diretos que facilitem cada vez mais a rotina fiscal do cidadão-contribuinte.

O importante, neste contexto contemporâneo, é fazer com que a Justiça Fiscal, princípio fundamental que o é, esteja cada vez mais adequada à realidade brasileira<sup>30</sup>.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELAUNDE, Domingo Garcia. *Constitución y política*. 3. ed. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional n. 2, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CASÁS, José Osvaldo. *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*. Buenos Aires: Ad Hoc. 2002.

CAVALCANTE, Denise Lucena e, RODET, Régis. *Fédéralisme fiscal – Brésil*. Revista NOMOS, vol. 27, jul./dez. , 2007/2, p. 15-24.

<sup>30</sup> Como bem afirma Klaus Tipke: “La Justicia se garantiza primordialmente mediante la igualdad ante la ley, en el Derecho tributario mediante la igualdad en el reparto de la carga tributaria. Quien desee comprobar si se respeta o se lesiona el principio de la de igualdad necesita un término de comparación adecuado a la realidad. Éste se obtiene a partir de los principios adecuados a la realidad en los que idealmente debe fundarse el Derecho positivo. Quien desee encontrar el principio adecuado a la realidad debe estar familiarizado con dicha realidad.” (TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Traducción de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 30).

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito constitucional geral*. Lisboa: Guid Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Geografia constitucional – sistemas juspolíticos e globalização*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efetividade da Constituição em matéria tributária. In *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Magister e CEU. Vol. 12, jan./fev. 2009, p.21-29.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

RODRIGUES, Denise Lucena. *A imunidade como limitação à competência impositiva*. Malheiros: São Paulo, 1995.

SADER, Emir. *Perspectivas*. Coleção: Os porquês da desordem mundial. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Hamilton Dias de. A competência tributária e seu exercício: a racionalidade como limitação ao poder de tributar. In *Princípios e limites da tributação*. Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SPISSO, Rodolfo. *Derecho constitucional tributario*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.

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

WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



# A GÊNESE DO DIREITO ENTRE KELSEN E NIETZSCHE

---

*Henrique Garbellini Carnio<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por escopo investigar a gênese do processo de formação do direito. Com o intuito de ir além das tratativas tradicionais empregadas e reconhecendo o direito enquanto uma criação humana, um produto da linguagem, a proposta visa a uma junção radical e delimitada entre Kelsen e Nietzsche, que apesar de aparentemente se distanciarem filosoficamente, na realidade, possuem, ao menos nessa seara, interessantes pontos de aproximação. De modo consequente à reflexão proposta surgem também importantes considerações sobre o afastamento do pensamento jurídico de ambos os autores, o que, conjuntamente com a abordagem inicial revela um profícuo ambiente de estudo da filosofia do direito.

## Palavras-chave

Genealogia do direito. Retribuição. Kelsen. Nietzsche.

## ABSTRACT

The present article has the aim to investigate the genesis of the process of formation of law. With the objective of going over the traditional studies and recognizing the law while a human creation, a product of language, the proposal aims for a radical and delimited joining between Kelsen and Nietzsche, which in spite of being apparently distanced philosophically, in fact, they have, at least in this field, interesting points of approximation. In a consequent way with the proposed reflection important considerations also appear about the removal of the legal thought of both authors, which, jointly with the initial approach reveals a profitable setting to study philosophy of law.

## Key-words

Genealogy of law. Retribution. Kelsen. Nietzsche.

---

1 Mestre em filosofia do direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).  
E-mail: henriquegarbellini@yahoo.com.br

## 1. APORTES INICIAIS

A investigação sobre a gênese do direito é tema recorrente entre os filósofos e historiadores do direito. Sua abordagem, na maioria das vezes, recebe inclinações filosóficas e propostas metodológicas muito parecidas. Ordinariamente esta tradicional abordagem se mantém estabelecida num ambiente de investigação baseado em questões históricas e em interpretações metafísicas que se espalham sobre o tema da origem do direito e da justiça.

Na tentativa de ir além dessa consternável constatação, a proposta do presente artigo, visa a uma junção radical entre dois pensadores que aparentemente se distanciam filosoficamente, mas que, no entanto, mostram-se ao menos nessa seara semelhantes e complementares. Com esta junção, crê-se que seja possível lançar um novo caminho de hipóteses hermenêuticas que superam as tradicionais empregadas, promovendo uma reviravolta no solo jurídico filosófico do tema.

A proposta, portanto, visa a uma aproximação delimitada do pensamento de Hans Kelsen e de Friedrich W. Nietzsche.

Hans Kelsen na sua conhecida obra *Vergeltung und Kausalität*, sustenta a idéia de que a crença na causalidade surgiu na evolução do pensamento humano. Tal crença era inteiramente estranha ao pensamento dos povos primitivos que interpretavam a natureza antes por categorias sociais do que pela lei da causalidade. O homem primitivo, o chamado homem natural, que na verdade é, para Kelsen, um homem social sob todos os pontos de vista, acreditava que a ordem jurídica de sua comunidade também governava a natureza.

Assim, a proposta de Kelsen considera que a regra fundamental da ordem social primitiva é o princípio da retribuição, que domina por completo a consciência inteiramente social do homem primitivo.

A suposição kelseniana é de que a partir da gênese jurídica dos povos primitivos pode-se supor que o pensamento científico, especialmente a formação do pensamento causal, que estaria na própria base de nossa concepção científica, assenta-se na norma de retribuição (*Vergeltung*), do castigo e da recompensa merecidos, que eram emanados de uma vontade transcendental sobre-humana. Desse modo, na concepção anímica dos primitivos a natureza é explicada de forma antropomórfica, pelo princípio jurídico basilar da imputação (*Zurechnung*) e não segundo o princípio da causalidade.

Para sustentar sua investigação, Kelsen empreende uma impressionante pesquisa de material etnológico que lhe proporciona o desenvolvimento de uma concepção sobre a gênese do direito completamente original baseada na idéia de que o estabelecimento organizacional das sociedades primitivas se dava pelas trocas entre os homens e as autoridades sobre-humanas, que, por assim ser, eram representadas na forma de um fenômeno jurídico que identificava

um vínculo jurídico originário expresso na mesma noção de *obligatio* de direito privado.

Justamente, esta concepção original sobre a gênese do direito é que interessa para o desenvolvimento da tratativa do tema, pois especificamente nesse ponto pode-se afirmar a possibilidade de entrecruzamento do pensamento dos autores.

De maneira muito próxima a esse estudo kelseneano encontra-se a proposta de Friedrich W. Nietzsche apresentada enfaticamente na Segunda Dissertação de Para a genealogia da moral sobre a (pré)história da humanidade, que tem início com a criação da memória e ocorre num contexto completamente determinado por conceitos e categorias jurídicas.

Para Nietzsche, no processo de humanização havia a predominância da ancestral de direito pessoal *obligatio* que vigia nos atos de troca, de escambo, de débito e de crédito, atos que eram por ele considerados como determinantes do patamar mais antigo da civilização até então conhecido, o que efetivamente ressalta a potência de seu pensamento sobre a gênese do processo de formação do direito.

Empreendendo seu método genealógico, caracterizado como um método histórico-crítico de investigação de instituições, saberes e práticas sociais, históricas e culturais que busca revelar as valorações que lhes servem de fundamento (GIACÓIA, 2006: 89), Nietzsche promove uma reviravolta no solo antropológico e psicológico que fomenta a criação e construção do direito.

A junção dos autores, portanto, é radical e além de possuir a intenção de evidenciar pontos de aproximação de seus posicionamentos, e inclusive como se identificam em vários outros, mesmo havendo propostas filosóficas divergentes entre ambos, pretende inserir Nietzsche como um importante filósofo que se aproxima consideravelmente de algumas teorias jusfilosóficas contemporâneas, permanecendo como um interlocutor necessário sobre as teorias da justiça e inegavelmente como uma referência indispensável para qualquer reflexão sobre o estudo da gênese do direito. Ao mesmo tempo a proposta pretende também desvelar e afastar o estigma positivista criado sobre o pensamento de Kelsen, demonstrando a sua genialidade e o quão impropriamente são emprestados alguns de seus conceitos de maneira desentendida e equivocada.

Desse modo, a hipótese interpretativa que se projeta busca revelar a importância, quase renegada por conta de um “lugar comum” na interpretação os autores, do pensamento político de cada um, e o quanto é fundamental compreendê-lo para se poder realmente entender as suas propostas.

Ao se tratar de um resgate sobre a gênese do direito, a proposta metodológica desta investigação se assenta na perspectiva genealógica empregada por Nietzsche confluindo-se com o contributo das importantes revelações encontradas na referida obra de Kelsen.

A interpretação genealógica empregada, portanto, não segue os parâmetros tradicionais da genealogia. Pelo contrário, procura-se pelo seu rechaço com o aprofundamento da questão notando os importantes termos e sentidos que remetem a essa investigação, como procedência (*Herkunft*), emergência (*Entsthung*) e origem (*Ursprung*), buscando justamente o oposto do que um mero retorno às origens, que vai deslocar o fim para o começo, reduzindo a história a uma escatologia desprovida de conteúdo.

Nesse sentido em que se propõe a abordagem não pretende a identificação de um gênese primordial, divina, donde tudo emana, mas a abertura para as várias gêneses que se alternam pela história e que vêm carregadas de tradição. É um retorno à origem para um resgate do que se perdeu no próprio tempo historicamente, um resgate de sentidos que se esvaíram ou se falsearam com o tempo e que muito podem contribuir atualmente.

Inquirir sobre a aproximação entre os pensamentos de Kelsen e Nietzsche pode suscitar várias divergências. Cuidadosamente, porém, o caminho que se percorre busca lidar com as aparentes e obscuras semelhanças e a partir delas demonstrar que há pontos de aproximação entre o pensamento de ambos que, inclusive, guarda devidas restrições.

O deslinde dessa aproximação procura confrontar o pensamento de cada autor para aproveitar, denunciar e construir algo, com e sobre ele, algo instintivamente próximo ao que Heidegger se propõe em suas preleções sobre Nietzsche. Suas frases iniciais são: “‘Nietzsche’ – o nome do pensador encontra-se como o título para a coisa de seu pensamento. A coisa, o caso litigioso, é em si mesma confrontação (*Auseinandersetzung*)<sup>2</sup>. Deixar o nosso pensamento se inserir na coisa mesma, prepará-lo para ela” (HEIDEGGER, 2007: 3).

O confronto que se forja não quer, portanto, descobrir uma descrição analítica de cada autor para, depois, dar-se o confronto, ou melhor, a comparação das impressões de cada um. A intenção é deixar o pensamento se inserir na proposta dos autores para então lançar as conjecturas do tema.

## 2. KELSEN E SEU PENSAMENTO POLÍTICO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA RETRIBUIÇÃO E IMPUTAÇÃO

Na tentativa de uma investigação sociológica e sistemática sobre a ideia da justiça, não com o fim de contestar a pergunta sobre se a justiça se realiza no direito positivo e como; mas, sim, com o fim de demonstrar como ela se apresenta na religião, na poesia e na filosofia, e por que se manteve em todos

---

<sup>2</sup> Sobre a palavra *Auseinandersetzung* seguimos a orientação de Marco Antônio Casanova tendo em vista sua cuidadosa tradução, de que a idéia exposta pelo termo é a de um encontro entre dois indivíduos que, em meio ao encontro mesmo e ao interesse comum pelo que está aí em jogo, descobrem as suas determinações próprias.

os tempos com a mesma e mais sobressalente impressão, Hans Kelsen apresenta uma das teses mais profícuas sobre a gênese do direito.

Na obra, originalmente publicada em alemão, com o título *Vergeltung und Kausalität* (Retribuição e Causalidade)<sup>3</sup>, primeiramente editada em 1939, Kelsen a partir da advertência sobre a especificidade desta obra para com as demais produzidas no que concerne à temática da pureza metodológica<sup>4</sup> (KELSEN, 1945: VIII) sobre a qual ele se debruçou durante toda a vida, apresenta um enfoque crítico-ideológico sobre o problema da justiça.

Entre os vários significados que a justiça, como um princípio fundamental da vida social, foi concebida em distintas épocas e entre distintos povos, aquele segundo o qual a sua essência é a retribuição foi o mais predominante e aceito.

A investigação kelseneana, baseada em material etnológico (GURVITCH, 1962: 111-127), identifica como o homem primitivo interpretava a natureza que o rodeava e como, a partir dos fundamentos dessa interpretação, especialmente do princípio da retribuição, se desenvolveu a idéia de causalidade - e com ela o conceito moderno de natureza. Tal investigação sugere, portanto, a separação pela mente humana da natureza e da sociedade.

Se a concepção de Kelsen sobre o princípio da causalidade estiver apontada de maneira correta, a chamada “crise da causalidade”, cuja identificação demonstra uma inversão da interpretação do princípio da causalidade a partir do estudo de sua origem, pode ser entendida como último passo de um processo intelectual cujo sentido é a emancipação gradual que parte do princípio de retribuição como possibilitador e projetor da lei de causalidade e alcança a emancipação de uma interpretação social da natureza<sup>5</sup>. É dizer: compreender o desenvolvimento do princípio da causalidade partindo do princípio da retribuição possibilita a emancipação de uma interpretação social

<sup>3</sup> A tradução literal do título da obra para o português é *Retribuição e Causalidade*, entretanto, nas duas traduções existentes, a americana e a argentina - feita com base na americana -, o título recebe uma modificação. Respectivamente ele é traduzido para *Society and Nature: a sociological inquiry* e *Sociedad y Naturaleza: una investigación sociológica*, levando em consideração o dualismo Sociedade e Natureza que se reporta Kelsen como a temática principal que enseja sua reflexão sobre o princípio da retribuição e sobre o princípio da causalidade.

<sup>4</sup> O próprio autor adverte no prefácio a possibilidade de que a obra cause estranhamento a quem conhece sua produção anterior e assinala porque a partir da seguinte passagem: “Pudiera parecer que el objeto de esta investigación está lejos, demasiado lejos, de aquello a que he consagrado la obra de tantos años de mi vida: el análisis de la estructura formal del derecho positivo en cuanto sistema de normas. Obediente ao princípio austero de la pureza del método, me vi obligado a separar en esa obra el derecho de la justicia de la justicia en cuanto un sistema de normas diferentes, a saber, morales, y el análisis estructural del derecho de una investigación sociológica de las ideas que determinan efectivamente o, desde un punto de vista moral, debieran determinar, la formación de las normas que llamamos derecho.”

<sup>5</sup> Kelsen nesse sentido não se utiliza do pensamento kantiano que considera a causalidade um “conceito inato”. Ela não é uma forma de pensamento do qual a psiquê humana é dotada por necessidade natural.

da natureza - o que profundamente nos interessa – e identifica, já, um vínculo jurídico na gênese da formação social, caracterizado por um sentido normativo de organização social estabelecido pelo princípio da retribuição.

Para explicitar sua hipótese, Kelsen traça um estudo do princípio da retribuição desde as comunidades primitivas até os gregos, evidenciando pormenorizadamente como o princípio da retribuição encaminha o pensamento sobre o princípio da causalidade.

Essa análise de Kelsen evidencia a projeção do seu pensamento político, fundamental para compreender efetivamente sua concepção sobre o princípio da imputação totalmente relacionado com as noções desenvolvidas em sua argumentação sobre os princípios da retribuição e da causalidade.

Desse modo, pode-se afirmar que o pensamento kelseneano que não utiliza a ideia de causalidade “inata” de Kant ao tratar sobre os princípios da retribuição e da causalidade, acaba se estruturando juridicamente na utilização da matriz kantiana que sugere a separação dualista entre ser e dever-ser.

Isso evidencia que o reconhecimento da pluralidade dos conceitos com os quais trabalha a ciência jurídica, principalmente desde o século passado, levou Kelsen a propor a sua *Reine Rechtslehre* (Doutrina pura do direito), na qual ele funda a pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los corretamente. Dimensão esta que ele considerava como sendo normativa.

Kelsen propõe nestes termos, uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou a relações entre normas. O princípio de sua resposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever ser, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética etc. Para a Ciência do Direito *strictu sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é pela sua especial forma normativa. Um dos conceitos-chave ao qual Kelsen dá um especial tratamento é o da vontade. Para ele, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para a compreensão da normatividade do direito: a chamada imputação. Imputação é o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa: a pena é imputada a um comportamento, donde temos a noção de delito; o comportamento que evita a pena e não é imputado nos dá a noção de dever jurídico; assim, sujeitos de direito nada são mais do que centros de imputação normativa e vontade, juridicamente falando, é uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação (FERRAZ JUNIOR, 1991: 37).

O pensamento de Kelsen segue uma inclinação significativa para o ambiente em que estava inserido. O contorno do positivismo no século XIX, que imprime um forte modelo metodológico no estudo científico, e o fenômeno

da positivação revelam a importante superação da causalidade que muito bem aponta Kelsen e que, inclusive, fá-lo retornar no estudo a que aqui se indicou sobre o princípio da retribuição.

Ao passo que no séc. XIX se entendeu de maneira um tanto precária a positivação como uma relação *causal* entre a vontade do legislador e o direito como norma legislada ou posta, no séc. XX nota-se que o direito positivo não é criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da *imputação* da validade do direito a certas decisões, sejam elas, legislativas, judiciárias ou administrativas.

Desse modo há uma modificação no *status* científico da ciência do direito, que se preocupa agora com a determinação daquilo que *deve ser* direito, relação de imputação, deixando para trás a necessidade de determinar materialmente aquilo que sempre foi direito, com o intuito de descrever aquilo que então, pode ser direito, relação causal. O que passa a estar em jogo não é mais a questão da verdade do direito, mas sim de sua decidibilidade.

A influência kantiana no pensamento dessa época vem impregnada da relevância a ela dada pelo desenvolvimento da Escola Histórica do Direito, que como mostra Franz Wieacker (WIEACKER, 1957: 404-436), terminou por contribuir menos para o estudo histórico do direito do que para a construção de uma sistematização conceitual, que fora iniciada pelo juracionalismo tendo como base a civilística do direito comum europeu.

Essa sistemática se desenvolve a tal ponto que autores como Windscheid, o expoente máximo da pandectística, defendem a aplicação do direito utilizando elementos jurídicos separados de quaisquer outros de ordem política, econômica, ética etc. Nota-se aí a idéia central do positivismo científico que reporta à rigorosa diferenciação operada por Kant entre as ordens moral e jurídica, que resulta no formalismo como princípio retor da prática jurídica (GUERRA FILHO, 2001: 32).

Na esteira desse desenvolvimento é que mais adiante Kelsen vai propor sua Teoria Pura do Direito, na qual reafirma o postulado fundamental do positivismo científico.

Kelsen propõe a sua idéia de dimensão normativa do direito, identificando o direito com a norma. Esta tem como elemento essencial a sanção e que se estabelece na relação do princípio de imputação.

Assim, nesta relação entre norma e sanção, surge a idéia de uma norma hipotética no pensamento de Kelsen, que indica em si sua primeira dúvida. Neste sentido extremamente válida é a crítica de Tércio Sampaio Ferraz Junior.

Assim, por exemplo, Kelsen, depois de reconhecer a sanção como elemento essencial da norma e de distinguir entre normas independentes e dependentes, acaba por recorrer a uma norma última, hipotética, não sancionadora, que deve fundar toda a ordem jurídica: a *Grundnorm*, confundindo as duas formas de

relação, a sistemática e a de conexão, sem esclarecer, de modo satisfatório, a questão de legitimidade do direito. (FERRAZ JUNIOR, 2006: 69)

A norma hipotética fundamental sustenta a estrutura kantiana da proposta de Kelsen. Para ele a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) fornece a consistência lógica do sistema jurídico, bem como a base última em que se assenta a estrutura hierárquica (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico, que em sua teoria não era o resultado de um ato impositivo à vontade, mas, sim, uma condição *a priori* do conhecimento jurídico, no sentido transcendental kantiano (GUERRA FILHO, 2007: 119).

A relação existente entre dimensão normativa do direito, imputação, sanção e norma fundamental em Kelsen, traz à tona a discussão de que há um ponto terminal da imputação, mas que não há um ponto terminal da causalidade. Ela vem à tona, pois é este pensamento que conduz Kelsen à sua reflexão sobre o dualismo ser e dever-ser.

Sobre a base do princípio da imputação, quando um homem é responsabilizado por sua conduta moral ou imoral, jurídica ou antijurídica são respectivamente imputados um prêmio, um castigo ou uma consequência do ilícito, e esta imputação encontra o seu ponto terminal na conduta do homem interpretada como ato meritório, como pecado ou como ilícito.

Essa é a razão pela qual, para Kelsen, o problema da responsabilidade moral ou jurídica está essencialmente ligado à retribuição. A retribuição é a imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao ilícito que representa a sua responsabilidade moral ou jurídica e encontra seu ponto final.

Daí que o significado de “homem livre”, seja numa ordem moral ou jurídica, dá-se porque ele é o ponto terminal de uma imputação apenas possível com base na ordem normativa em que está inserido.

Isso revela o sentido da afirmação kelseneana de que não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas sim, o contrário; o homem é livre porque se lhe imputa algo. Esta relação comprova que imputação e liberdade possuem de fato uma conexão.

Por essa via surge a concepção de livre-arbítrio em Kelsen - que é relacionada ao posicionamento de Max Planck - cuja crítica leva para a sustentação do princípio da causalidade estrita interpretado como um postulado epistemológico.

Portanto, para Kelsen a asserção de que o arbítrio é livre, não se refere à esfera da realidade natural, mas à esfera de validade de normas jurídicas, pois a liberdade de arbítrio está ligada à responsabilidade jurídica.

Nota-se da exposição proferida que o pensamento sobre a imputação de Kelsen possui raízes bastante profundas e bem estruturadas que retornam, inclusive, ao seu estudo sobre as comunidades primitivas, o qual evidencia seu

pensamento sobre a gênese do direito.

A partir dessa explicitação resta, então, tratar sobre as possibilidades aproximação do pensamento nietzscheano apresentado na Segunda Dissertação de Para genealogia da moral, com a proposta de Kelsen no retorno às comunidades primitivas, e também, o quanto, em momento posterior, especificamente na apresentação do direito no dualismo entre ser e dever-ser de Kelsen o posicionamento interpretativo do direito de Nietzsche se afasta, o que de modo extremamente interessante continua a render profícuas revelações sobre o direito.

### 3. NIETZSCHE E A GENEALOGIA DO DIREITO

A abordagem que aqui se ocupa do pensamento nietzscheano – como evidenciado no início do artigo - se insere numa crítica que refuta a imputação infundada de incoerência e carência de conteúdo sócio-político na sua obra, afirmando-se que temas centrais da sua filosofia se originam e são desenvolvidos em relação a questões sociais e políticas, especialmente também com a filosofia do direito, que podem, portanto, ser enquadradas como elementos fundamentais de sua filosofia da cultura (GIACÓIA, 2005: 21).

A proposta hermenêutica que se lança a partir do pensamento de Nietzsche entre as possíveis aproximações, afastamentos, e o que deles se alcança com o pensamento de Kelsen, percorre sua tese sobre a (pré)história da humanidade, algumas considerações sobre sua teoria psicológica da vingança e do ressentimento - tendo em vista sua crítica à polêmica interpretação de Eugen Dühring sobre a origem da pena – e sua proposta da impossibilidade de um *direito-em-si*.

Para Nietzsche, a mais antiga e principal relação pessoal estabelecida foi entre comprador e vendedor, credor e devedor, e dela se originou o sentimento da obrigação pessoal e o sentimento de culpa. Pela primeira vez com ela que se mediu uma pessoa com outra.

Portanto, nas sociedades mais primitivas e antigas já existia essa relação. O estabelecimento de preços e a troca de bens por medidas valorativas que possuem um sentido de equivalência denotam as características dessa formação humana. “Isso ocupou de tal maneira o pensamento humano, que num certo sentido constituiu o pensamento: aí se cultivou a mais velha perspicácia, aí se poderia situar o primeiro impulso do orgulho humano, seu sentimento de primazia diante dos outros animais” (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 8).

Nietzsche identifica o homem como um ser que mede e valora coisas, um “animal avaliador”, suas relações de compra e venda e o sentido de sua formação no pensamento do homem são os mais antigos elementos de organização social

Foi apenas a partir da forma mais rudimentar de direito pessoal que o germinante sentimento de troca, contrato, débito [*Schuld*], direito, obrigação, compensação, foi transposto para os mais toscos e incipientes complexos sociais (em relação com complexos semelhantes), simultaneamente ao hábito de comparar, medir, calcular um poder e outro. O olho estava posicionado nessa perspectiva; e com a rude coerência peculiar ao pensamento da mais antiga humanidade, pensamento difícil de mover-se, mais inexorável no caminho escolhido, logo se chegou à grande generalização: “cada coisa tem seu preço; tudo pode ser pago”- o mais velho e ingênuo cânon moral da justiça, o começo de toda “bondade”, toda “equidade”, toda “boa vontade”, toda “objetividade” que existe na terra. Nesse primeiro estágio, justiça é a boa vontade, entre homens de poder aproximadamente igual, de acomodar-se entre si, de entender-se mediante um compromisso – e, com relação aos de menor poder, forçá-los a um compromisso entre si. (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 8).

Esse modo de pensar compensador é bem entendido na própria relação direta entre credor e devedor. O credor poderá ser sempre mais humano quanto mais rico for, pois o sentimento de sua injúria passa a ser a demonstração do quanto rico é, do quanto sua riqueza suporta essa injúria sem ele sofrer. Essa possível ocorrência direciona o sentido inicial da justiça para outro; o da absolvição ilegítima, o “tudo é resgatável, tudo pode ser pago”, termina por fazer vista grossa e deixar escapar os insolventes – termina como toda coisa boa sobre a terra, suprimindo-se a si mesma. A auto-supressão da justiça: sabemos com que belo nome ela se apresenta – graça; ela permanece como é óbvio, privilégio do poderoso, ou melhor, o seu ‘além do direito’” (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 8).

A relação de direito privado entre o devedor e seu credor, do qual já falamos longamente, foi mais uma vez, e de maneira historicamente curiosa e problemática, introduzida numa relação na qual talvez seja, para nós, homens modernos, algo inteiramente incompreensível: na relação entre os *vivos e seus antepassados*. Na originária comunidade tribal – falo dos primórdios – a geração que vive sempre reconhece para com a anterior, e em especial para com a primeira, fundadora da estirpe, uma obrigação jurídica (e não um mero vínculo de sentimento: seria ilícito inclusive contestar a existência deste último durante o mais longo período da espécie humana). A convicção prevalece de que a comunidade subsiste apenas graças aos sacrifícios e às realizações dos antepassados – e de que é preciso lhes pagar isso com sacrifícios e realizações: reconhece-se uma dívida [*Schuld*], que cresce permanentemente, pelo fato de que os antepassados não cessam, em sua sobrevida como espíritos poderosos, de conceder à estirpe novas vantagens e adiantamentos a partir de sua força. Em vão, talvez? Mas não existe “em vão” para aqueles tempos crus e “sem alma”. O que se pode lhes dar em troca? Sacrifícios (inicialmente para alimentação, entendida do modo mais grosseiro), festas, músicas, homenagens, sobretudo obediência – pois os costumes são, enquanto obra dos antepassados, também seus preceitos e ordens -: é possível lhes dar bastante? Esta suspeita permanece

e aumenta: de quando em quando exige um imenso resgate, algo monstruoso como pagamento ao “credor” (o famigerado sacrifício do primogênito, por exemplo; sangue, sangue humano em todo caso). Segundo esse tipo de lógica, o *medo* do ancestral e do seu poder, a consciência de ter dívidas para com ele, cresce necessariamente na exata medida em que cresce o poder da estirpe, na medida em que ela se torna mais vitoriosa, independente, venerada e temida. Não ao contrário! E todo passo para o debilitamento da estirpe, todo acaso infeliz, todos os índicos de degeneração, de desagregação iminente, *diminuem* o medo do espírito de seu fundador, oferecendo uma imagem cada vez mais pobre de sua sagacidade, de sua previdência e da presença de seu poder (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 19).

A reconstituição da (pré)história da humanidade no pensamento nietzscheano demonstra uma reconstituição do próprio processo de humanização que se inicia com a criação da memória e ocorre num contexto completamente determinado por conceitos jurídicos, predominando entre eles a categoria ancestral de direito pessoal *obligatio*. Esta vigia nos atos de troca, escambo, de débito e de crédito, atos que são considerados por Nietzsche como determinantes do patamar mais antigo da civilização até então conhecido. Eles são a base fundamental para um exame mais acurado da importância de seu pensamento sobre o direito.

Para Nietzsche o início da (pré)história da humanidade se dá com o surgimento do sentimento de responsabilidade oriundo da idéia de dívida e dever, que prenuncia a condição investigativa da possibilidade do comprometer-se e do responsabilizar-se.

Para Oswaldo Giacoia Junior, de acordo com o pensamento de Nietzsche, com a promessa são fixados os primeiros lineamentos do pensamento causal, propiciando a abertura da distinção entre o fortuito e o necessário, consolidando-se o vínculo entre uma determinação qualquer da vontade e a descarga efetiva dessa vontade numa ação. Portanto, se o autêntico problema do homem consiste em criar no olvidável e instintivo homem primitivo uma memória da vontade que o torne capaz de prometer, compreende-se que nessa análise nietzscheana o ponto mais recuado do processo de humanização coincide com o sentido riginário da promessa e, por assim ser, deve ser encontrado no terreno das relações pessoais de direito obrigacional, em especial no âmbito das relações de escambo, troca, compra, venda e crédito (GIACÓIA, 2005: 24-25)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> A base na qual Nietzsche busca guarida sobre a noção de sujeitos de direito e sobre as noções de dívida jurídica e promessa para contrapô-las ao emprego de categorias metafísicas como finalidade ou progresso, conforme a precisa pesquisa de Oswaldo Giacoia Junior, se estrutura, respectivamente, nos resultados colhidos da pesquisa etnológica, de antropologia cultural e de ciência jurídica de Friedrich Hermann Post e no pensamento jurídico de Josef Kohler. É salutar o esforço de Oswaldo Giacoia Junior na investigação dessa abordagem genealógica sobre o direito no pensamento nietzscheano. No intuito de manter o esmero e respeito com seu pensamento cabe fazer a anotação de que por mais que Nietzsche se recorra, não de maneira taxativa a esses autores mencionados, “Ao fazê-lo, porém, Nietzsche não compartilha, de nenhuma maneira,

Essa averiguação aclara a relação instigante de Para a genealogia da moral com a filosofia do direito ao passo que a proposta argumentativa de Nietzsche consiste numa inversão investigativa, não levando em conta as mais recentes e plausíveis conquistas científicas, com o principal intuito de romper com as tradicionais interpretações metafísicas de categorias e institutos fundamentais de direito.

Na extensão da abordagem do processo de civilização fundado em categorias jurídicas, se insere a polêmica de sua teoria psicológica da vingança e do ressentimento com o pensamento de Dühring.

Desse modo, lança-se uma hipótese interpretativa pela polêmica que desperta Nietzsche, fundada em categorias jurídicas, mais especificamente no direito penal, referente à interpretação sobre a origem de pena de Eugen Dühring.

A oposição nietzscheana sobre a tese de Dühring que interpreta o sentimento de vingança como algo natural aparece energicamente no conhecido parágrafo 11 da Segunda Dissertação de Para a genealogia da moral. Nele Nietzsche propõe reconstituir a genealogia da lei, ou seja, uma genealogia do direito e da justiça.

Dühring enfaticamente deixa clara sua tese sobre a origem da pena aplicando os princípios de mecânica racional, enquanto advinda do ressentimento e provocadora da vingança.

---

os pressupostos ontológicos ou as posições essencialistas presentes em suas fontes científica ocasionais. Desse modo, se hoje se demonstra com segurança como os estudos de direito romano por Rudolf von Jhering contribuíram para a genealogia nietzscheana da moral, evidencia-se também, por outro lado, que nem por isso Nietzsche compartilha do finalismo jurídico de von Jhering, como compartilha da jurisprudência etnológica de Friedrich Hermann Post". Nesse sentido, cabe bem observar a questão pela qual concordamos com a sua opinião, bem expressa no seguinte entendimento de Arthur Kaufmann que demonstra como Jhering na obra *Der Zweck im Recht*, se afastou da sua jurisprudência construtiva que defendera inicialmente, tendo em vista que o lema da obra é: o fim é criador de todo direito, caracterizando explicitamente a projeção de seu pensamento, "Jhering opôs-se, decidido, ao culto do lógico, pois a ciência jurídica não seria matemática. Determinante seria a consideração dos fins e esta levantaria a questão do sujeito que os produz (*Zwecksubjekt*), porque os fins não produziram por si sós, o direito. Jhering via como verdadeiro legislador a sociedade, que ele entendia como "ação conjunta dirigida a fins comuns", na qual cada um, na medida em que age para outros, age, também, para si, e enquanto age para si, age também para outros". No entanto, em estranha contradição com isto, Jhering ateu-se à concepção legal-positivista do monopólio estatal do estabelecimento do direito: "o direito é a *suma coactivas* vigente num Estado...; o Estado (é) a única fonte do direito". Ainda assim, o direito é referido a um fim social, do qual recebe seu conteúdo; todas as normas jurídicas têm "como fim o assegurar das condições de vida da sociedade". Jhering já não argumentava nem em termos lógicos, nem psicológicos, mas sim em termos sociológicos-utilitaristas (aqui já se toca claramente, no problema da relação entre racionalidade dos fins e racionalidade dos valores, problema esse que, mais tarde, preocupou sobretudo, Max Weber). Mas de onde vem a valoração dos fins". (KAUFMANN, 2002: 172). No mesmo sentido é interessante os apontamentos de Willis Santiago Guerra Filho, especificamente no capítulo 2 de sua obra *Teoria da ciência jurídica* denominado *A contribuição de Jhering para a metodologia jurídica* (GUERRA FILHO, 2001: 51-66).

Com a mesma necessidade com a qual ocorre a reação a uma ação mecânica, assim também a lesão espontânea e hostil tem por resultado o ressentimento, e com isso o aguilhão da vingança. O impulso para se vingar da lesão sofrida é manifestamente também uma disposição da natureza atuando em função de sua auto-conservação. (DÜHRING *apud* GIACOIA, 2005: 22).

Para Nietzsche a origem da justiça não está no ressentimento, tampouco, portanto, pode “se sacralizar a vingança sob o nome de justiça – como se no fundo a justiça fosse apenas uma evolução do sentimento de estar-ferido – e depois promover, com a vingança, todos os afetos *reativos*” (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 11).

O exercício e a manutenção da justiça impõem um poder mais forte que busca meios de pôr fim entre os grupos ou indivíduos a ele subordinados, ao desmedido influxo do ressentimento. A forma mais decisiva desse exercício que se dá pela atitude da autoridade suprema contra os sentimentos de reação e rancor é a instituição da lei.

Com a instituição da lei, Nietzsche afasta a idéia de que a justiça possa ser derivada de sentimentos negativos e reativos como a vingança e afasta também a hipótese de que teria algum sentido considerar algo em si mesmo como justo ou injusto, algo como uma justiça em si, um direito em si. Para Nietzsche não há fatos, há interpretações de fatos.

Justamente neste sentido encontra-se um ponto muito significativo que evidencia o afastamento do pensamento dos autores.

Esta revelação interpretativa nietzscheana vai diretamente contra as pretensões de objetividade do positivismo e encontra considerável exploração em correntes atuais da hermenêutica jurídica.

Na verdade, com ela pode-se evidenciar a forte diferenciação que há entre Kelsen e Nietzsche com relação à vontade, liberdade e livre-arbítrio e, mesmo que paradoxal possa parecer, como é decisiva para a interpretação da idéia de ficção jurídica em cada autor e o quanto ela, nesse viés, é extremamente produtiva para o direito.

Nietzsche se afasta da noção normativa de livre-arbítrio, que entende que o homem é considerado livre para ser responsabilizado e culpado pelo cumprimento ou não das ordens impostas.

Em Nietzsche há uma interpretação artística do livre-arbítrio, pois para ele o homem livre é aquele que acata o jogo das forças terrestres, seguindo alegremente à eterna repetição dos fatos ao criar novas avaliações. A liberdade, assim, não consiste no exercício de uma suposta faculdade ativa, a vontade, mas num *phatos* de aumento de forças. O arbítrio não é capacidade causal, mas o sentimento de extensão de potência que se vivencia ao agir em sintonia com os próprios instintos e impulsos, de maneira que a liberdade consiste na concretização desses impulsos que se impõem ao nosso pensamento, não havendo oposição entre

liberdade e necessidade (BARRENECHEA, 2000: 13-15).

Barrenechea nota a importância da análise genealógica de Nietzsche na emergência do conceito de liberdade. Nessa abordagem a liberdade apresenta-se como uma noção inserida nos discursos prescritivos, tratando-se de uma qualidade atribuída ao homem, no sentido de enquadrá-lo num sistema normativo, fazendo com que possa ser julgado e submetido a prêmios e castigos<sup>7</sup>, que após se estende para a análise da linguagem.

Através da abordagem genealógica, mostramos que a noção de liberdade nada tem haver com a faculdade operatória nem com um atributo de consciência, que atuaria conforme a sua própria causalidade. Ela surge dos instintos dos ressentidos que querem vingar-se do mundo e da vida, atribuindo-se o direito de fazer dos crentes as duas vítimas preferidas. O sacerdote e o moralista têm uma compensação para a sua precariedade, sua infelicidade e esterilidade, exercendo um poder coercitivo. Eles obtêm uma felicidade compensatória usando seus “instrumentos de tortura”, impondo castigos e punições. Eles agem movidos por um instinto perverso: o instinto-de-querer-castigar-e-julgar. Nietzsche conclui em *O crepúsculo dos ídolos*, caracterizando o cristianismo – com seus “instrumentos de tortura”: o “pecado” e o “livre-arbítrio” – com uma “metafísica de verdugo” que, “com o conceito de ‘ordem moral do mundo’, continua a infectar a inocência do devir por meio do “castigo e da culpa” (BARRENECHEA, 2000: 41).

Pela crítica de Nietzsche ao sentido normativo do livre-arbítrio, ao conceito de substância e à causalidade, encontra-se justamente no tripé sujeito-substância-causalidade o fundamento de toda atribuição de responsabilidade. Ao passo que só um sujeito livre poderia agir sobre o mundo e sobre os seus semelhantes, nota-se que toda imputação moral nasce da interpretação da dinâmica dos atos. Para Nietzsche, culpabilidade, imputabilidade, vontade livre, agente responsável etc. são falsas interpretações morais que possuem tanta validade quanto a atribuição da feitiçaria.

Na forte noção de que o caminho da liberdade consiste na afirmação do eterno retorno, na aceitação da necessidade e com a eliminação de qualquer resíduo normativo de sua noção, Nietzsche revela a força ficcional que envolve as noções, fundamentalmente, morais de imputabilidade.

O interessante desta constatação com o pensamento kelseneano é realçar a crítica à causalidade e à separação que Kelsen faz ao demonstrar o caráter ficcional da imputação jurídica conforme a característica normativa do direito.

---

<sup>7</sup> Barrenechea no desenvolvimento de seu livro evidencia claramente a relação entre linguagem e o caráter ficcional de interpretação causal. “Em resumo, a análise da linguagem mostrou o aspecto meramente ficcional da interpretação causal, questionando que as relações de causa-efeito possam explicar os eventos do mundo. Nietzsche afirma que não há causas ou efeitos, pois não há entes operantes na natureza. A noção de causa e efeito, segundo vimos, se apóia na de agente ou autor, baseada, por sua vez, na de substrato ou substância externa”.

A noção de ficção jurídica no pensamento de Kelsen assumidamente tomada na Teoria pura do direito é valiosamente proveitosa para a análise nietzscheana da inexistência de um direito e de uma justiça *em si* que se estruturam a partir da instituição de lei (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 11)<sup>8</sup>.

O entrecruzamento do pensamento dos autores tanto na abordagem sobre o processo de formação do direito, como na impressão da distância que os separa no modo de se considerar a sua positividade, reforça a compreensão do direito como uma ficção.

A ótica de Nietzsche com relação ao direito de sua época é a de um pensamento jurídico labiríntico, ao qual faltam critérios condutores e de fundamentação que acabam por ocasionar um direito que é utopicamente idealista na teoria e astutamente materialista na prática. Nessa via, Nietzsche denuncia a hipocrisia de se considerar a justiça e a igualdade justificadas em razão somente da felicidade material que proporcionam (PUY, 1966: 77).

A crítica de Nietzsche ao direito aparentemente apresenta um paradoxo que precisa ser explicado e que significa o último ponto a se considerar com relação ao pensamento de Kelsen no que diz respeito à questão da tensão entre necessidade e liberdade.

El resultado de la crítica de Nietzsche en el plano de lo jurídico es extremadamente pradjico. Por una parte critica la debilidad de una justicia inerme, lo que parece conducir a una identificación de lo justo con la fuerza. Por otra, critica la absolutización del derecho positivo, de la ley, lo que parece llevar a una identificación de lo justo con la libertad. ¿Cómo se enlazan, pues, en su pensamiento jurídico el momento de la fuerza (necesidad) con el momento de la moralidad (libertad)? ¿Es en definitiva lo jurídico, para Nietzsche, necesidad? ¿Es libertad? ¿O es algo posterior que está por encima y armoniza ambas exigencias? (PUY, 1966: 193).

Francisco Puy indica que aparentemente a última pergunta formulada na citação é o caminho que se deve empreender. Na própria crítica de Nietzsche há um indício revelador, conforme sua preocupação pela anárquica especulação e contraditória prática em torno do problema da coação<sup>9</sup>. A coação é o momento

<sup>8</sup> Ao entender que justo e injusto em si carece de qualquer sentido, Nietzsche lança sua crítica aos, até então, efetivados estados de direito. “É preciso mesmo admitir algo ainda mais grave: que do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem ser senão estados de exceção, enquanto restrições parciais da vontade de vida que vis o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares: a saber, com meios para criar maiores unidades de poder”.

<sup>9</sup> Ao tratar sobre coação no pensamento de Nietzsche, cumpre referir à leitura da obra Crítica da idéia de sanção de Jean-Marie Guyau. Ele foi um autor conhecido de Nietzsche, sendo certo que este foi seu leitor. Na obra o autor traz a questão da “anomia”, fomentando a se repensar a questão dos castigos e das penas criminais. Para Guyau não existe uma lei moral transcendente, universal, válida para todos os tempos e para todas as sociedades. Não há nem um céu, nem um Deus para nos julgar, tampouco não há as leis universais da razão como defende Kant. (Cf. GUYAU, 2007: 24-44).

em que entram em colisão necessidade e liberdade e em antítese o domínio do plano jurídico.

Nietzsche reduz a antinomia entre a tese da liberdade e a antítese da força no entrecruzamento de duas idéias gerais de seu pensamento: a vontade de poder e a hierarquia. Com relação à primeira, a justiça há de apoiar-se na força para poder existir e atuar realmente; quanto à segunda, o direito positivo não pode reduzir-se à força, porque isso resultaria numa mera horizontalidade de vetores compondo-se mecanicamente.

Apesar de essa relação parecer ser incompleta de um ponto de vista panorâmico, o interessante é notar o esforço de Nietzsche ao trabalhar na possibilidade de harmonização das exigências do momento da força com as exigências do momento de subjetividade do jurídico. Isso revela a severa advertência da necessidade de se começar a fazer a especulação jurídico-filosófica por um rigoroso enfrentamento com a experiência jurídica do “fato-força” e do “fato-indivíduo” sob pena de se incorrer na insegurança de uma sociedade pressuposta sem indivíduos e um direito sem vigência. Ou seja: sob pena de incorrer total e constantemente, como demonstra a profunda e interessante obra-projeto de Giorgio Agamben<sup>10</sup>, num Estado de Exceção, no qual há a suspensão do Estado de Direito, legitimado pela sua própria permissão para tanto (AGAMBEN, 2004: 39).

Por fim, desse modo pode se dizer que as linhas de uma filosofia do direito em Nietzsche perceptivelmente se constroem em oposição direta às doutrinas tradicionais do direito, principalmente em relação ao pensamento contratualista e do direito natural, bem como do exacerbo das escolas racionalistas e das manifestações do utilitarismo e do positivismo. Justamente nesse sentido se compreende a intensa crítica nietzscheana sobre a moderna doutrina de igualdade de direitos. Se a própria noção de direito se estabelece na pretensão de regularização e ação social fundada no reconhecimento de vários graus de poder que vigem entre os homens, é preciso então que a desigualdade seja pensada como uma das próprias condições para que hajam direitos, pois a suposição ideal de uma sociedade universal é no mínimo irrazoável ao passo em que o mundo é formado por relações de dominação e poder (GIACÓIA, 2005: 38-39).

---

<sup>10</sup> Acompanhando a opinião de Oswaldo Giacoia Junior, seria extremamente interessante e importante uma abordagem da confluência do pensamento de Nietzsche e de Agamben, principalmente com respeito a essência da soberania e das estruturas fundamentais do político. (Cf. GIACÓIA, 2005: 39). Para Giorgio Agamben o estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou seu conceito limite. “Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica”. (AGAMBEN, 2004: 39).

#### 4. KELSEN, NIETZSCHE E O DIREITO

A partir da investigação indicada podem ser identificados importantes pontos conclusivos da abordagem que sugerem novos caminhos para o estudo do pensamento dos autores, e, especialmente, para a filosofia do direito.

Inicialmente pode-se relatar que os dois autores partem do estudo de bases etnológicas e apesar de, aparentemente, o propósito desse estudo se desenvolver de maneira diferenciada em cada um, há momentos em que se coincidem e caminham *pari passu*.

Sob essa base investigativa etnológica os autores também tiram conclusões semelhantes. Tanto Kelsen quanto Nietzsche afastam suas idéias do pensamento contratualista, de que o homem vivia inicialmente num estado de natureza, deferindo críticas certeiras cada qual com seu entusiasmo crítico.

Conseqüentemente pode-se afirmar que as conclusões de seus pensamentos indicam a formação do Estado em base distinta do pensamento contratualista. Kelsen oportunamente se reporta à falência da interpretação do homem no estado natural, e Nietzsche contextualizadamente expõe sua idéia a partir dessa mesma opinião, deixando claro que das relações de poder é que se enseja a formação do Estado.

Enfaticamente, do estudo das comunidades primitivas, os dois autores concordam na formação inicial sob a forma jurídica originária entre as relações de troca, escambo, débito e crédito.

Nesse sentido, a abordagem mítico-religiosa que envolvia a estrutura dessa crença também é articulada. Kelsen propõe um acompanhamento histórico que objetiva o alcance de sentido do princípio da causalidade e juridicamente do princípio da imputação. Já Nietzsche desenvolve sua idéia repousando sua análise crítica, característica de sua obra, no pensamento e atitude cristã que envolvem o mundo.

A partir dessas aproximações se nota que a inclinação filosófica e teórica de cada autor ao passo que guardam devidas exceções, combinam em pontos comuns. Apesar da matriz kantiana em que Kelsen irá desenvolver posteriormente seu pensamento sobre ser e dever-ser, nessa abordagem crítico-ideológica sobre a justiça, ele não se utiliza do pensamento kantiano sobre o “conceito inato” de causalidade. Nesse sentido também o faz Nietzsche, que por alguns é retratado sob a bandeira de ser e de querer se apresentar como um opositor ferrenho ao pensamento kantiano, mas não levando apenas isso em consideração, nota-se que o direcionamento de seu pensamento sobre a promessa e a causalidade é explicitamente formulado em base distinta da kantiana.

Apesar dessa inicial identificação, que é a mais importante para a proposta que se segue, o ponto de afastamento caminha justamente no sentido inverso. Kelsen ao considerar o princípio da imputação sob o dualismo de ser e dever-ser

encontra uma caminho diferente do que segue Nietzsche. É, inclusive, nesse deslinde que Nietzsche passa a figurar como um pensador que se projeta na contracorrente do pensamento positivista.

Todas essas conexões propostas não são prejudicadas pelo momento em que há o afastamento, nem pelas suas conseqüências. Ao contrário: delas se vislumbram pontos complementares que podem ser refletidos a partir da originalidade e da proposta do pensamento de cada um.

A abordagem histórica de Kelsen se complementa com a abordagem genealógica de Nietzsche. Ao desenvolver o trabalho delimitando o sentido de sua investigação histórica, Kelsen não permanece no lugar comum dos estudos históricos generalizados, e isso possibilita a identificação do seu pensamento com Nietzsche na atribuição característica dos atos e formas jurídicas no processo de humanização.

O conteúdo sobre o qual versa o estudo kelseneano sobre a mentalidade primitiva também encontra uma forte complementação, mais aprofundada psicologicamente em Nietzsche.

Nietzsche empreende um resgate psicológico em sua investigação sobre a (pré)história da humanidade enquanto Kelsen apresenta características importantíssimas em sua análise etnológica sobre a psiquê primitiva, ponto inicial de seu exame.

Nota-se que o retorno às comunidades primitivas é um dos elementos-chave para a proposta apresentada. Os contornos que ele ganha no pensamento de Kelsen e Nietzsche demonstram a gênese do processo de formação do direito engendrado pelo próprio processo de humanização. Este é o principal motivo que determinou e permitiu a aproximação dos dois autores que, apesar de aparentemente parecerem, de maneira expressiva, distantes com relação aos conceitos e categorias jurídicas, apresentam pontos comuns que permitem novas conjecturas e interpretações, não só sobre a gênese do direito, mas também dos elementos que historicamente perfizeram sua compreensão e aplicação.

No ambiente das comunidades primitivas encontra-se a revelação, de maneira impressionante, de um direito primitivo que estava impregnado de um espírito religioso, de um sentimento mágico<sup>11</sup>, e que era regido pelo princípio

---

<sup>11</sup> Apenas para evidenciar e conclusivamente encerrar essa indispensável concepção que engendra o ponto de partida da perquirição do trabalho, como bem nota Miguel Reale, nos estudos modernos de antropologia jurídica verifica-se que a primeira vista a idéia de que os indivíduos podem se obrigar mediante um acordo de vontades parece intuitiva, pois na realidade, a humanidade percorreu milênios para chegar à compreensão de que o acordo entre vontades pode ser gerador de obrigações e de efeitos jurídicos. Isso demonstra que o homem primitivo não compreendia uma obrigação abstrata como resultado do mero querer. A idéia de obrigação estava sempre ligada a alguma coisa material ou concreta. Assim, era comum que o empréstimo primitivo fosse

da retribuição.

Sistematicamente, dessa forma, seguiu-se com a abordagem de Kelsen sobre os princípios da retribuição, da causalidade e da imputação, alcançando de modo fascinante a comprovação da sua tese metodológica pura do direito, ao mesmo tempo em que se ia evidenciando a genialidade e coerência de seu pensamento.

Após esse caminho, a ocupação foi com o instigante pensamento de Nietzsche que reconhece o processo de humanização totalmente determinado por conceitos e categorias jurídicas, representados fundamentalmente na ancestral noção de direito privado, *obligatio*. Em sua própria formação a proposta de Nietzsche já anuncia uma nova apreciação interpretativa para o sentido do direito. Na extensão de sua Segunda Dissertação de *Para genealogia da moral* foi se descobrindo também uma verdadeira genealogia do direito que escancara não só o sentido de formação do processo de sua gênese, mas do mesmo modo a potencialidade de suas possibilidades hermenêuticas. Esse escancaramento é provocado por um momento de clareza súbita, algo como um grande estalo intelectual para a filosofia do direito, porque determina a constatação de uma impossibilidade do direito *em si*, de uma justiça *em si*. Para Nietzsche “não existem fatos, apenas interpretações”.

Desse modo, pode-se ainda afirmar que no entrecruzamento do pensamento dos autores tanto na abordagem sobre o processo de formação do direito, como no sentido de sua positividade surge a importante aproximação dos conceitos de coação e sanção jurídica – que revelam interessantes nuances para a compreensão e para uma nova utilização das estruturas sancionatórias do direito – bem como a interessante compreensão do direito como uma ficção, que, inclusive, indica novas possibilidades no diálogo e na interpretação da importantíssima concepção ficcional do direito.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARRENECHEA, Miguel Angel. *Nietzsche e a liberdade*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIACIOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica*

acompanhado de fórmulas mágicas, que giravam em torno da idéia de “nó”, de laço. (REALE, 2002: 146-147).

*da modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GURVITCH, Georges. *Tratado de sociologia* (tomo primeiro). Tradução de María C. Eguibar e Alicia M. Vacca. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1962.

GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. Tradução de Regina Schöpke e Mauro Baldi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

PUY, Francisco. *El derecho y el Estado en Nietzsche*. Madri: Editora Nacional, 1966.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Tradução de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957.



# INOPONIBILIDADE DAS CONVENÇÕES PARTICULARES À FAZENDA PÚBLICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 123 DO CTN

*Hugo de Brito Machado*<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo é uma breve análise do art. 123, do CTN, sobre a inoponibilidade das convenções particulares à Fazenda Pública com o intuito de examinar a distinção essencial entre o dever e a responsabilidade, para apontar a adequada interpretação da norma em referência.

## Palavras-chave

Convenções particulares. Teoria do Direito. Obrigação Tributária.

## REUMÉ

Cet article vise analyser l'art. 123 du CTN sur l'inapplicabilité des accords privés à l'Etat afin d'examiner la distinction entre le devoir et la responsabilité pour signaler l'interprétation adéquate sur la norme de référence.

## Mots-clés

Accords privés. Théorie du Droit. Obligation Tributaire.

## 1. INTRODUÇÃO

O art. 123, do Código Tributário Nacional estabelece que salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Nem poderia, aliás, ser de outro modo. Se as convenções particulares relativas à responsabilidade tributária pudessem ser opostas à Fazenda Pública muita gente as utilizaria para fugir às cobranças. Aliás, não há exagero em afirmar-se até que a tributação se tornaria inviável.

Ocorre que a norma em referência não tem, nem pode ter, o alcance que em certos casos a ela tem sido atribuído por agentes do fisco, talvez por desconhecimento de alguns conceitos da Teoria do Direito. Conhecemos caso

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários. E-mail: hbm@hugomachado.adv.br

no qual o fisco federal cobrou imposto de renda de um advogado, alegando que um contrato de honorários por ele firmado não poderia ser oposto à Fazenda Pública. O contrato atribuiu uma parcela dos honorários da sucumbência ao Sindicato da categoria de trabalhadores à qual pertenciam seus clientes. Ganhou a causa, recebeu os honorários da sucumbência e entregou ao Sindicato a parcela a este contratualmente atribuída. Não podendo cobrar o imposto de renda do Sindicato, em face da imunidade, agentes do fisco federal lavraram auto de infração contra o advogado, invocando o art. 123, do Código Tributário Nacional. Sustentaram que o contrato de honorários, sendo uma convenção particular, não poderia ser oposto à Fazenda Pública.

O autuado promoveu ação anulatória do auto de infração a qual, por incrível que possa parecer, foi julgada improcedente em primeira instância, tendo o magistrado acolhido a tese sustentada pelo fisco. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, todavia, afastou o absurdo entendimento que ampliava absurdamente o alcance do art. 123, do Código Tributário Nacional. Em decisão unânime, deu provimento à apelação, afirmando:

"EMENTA. Tributário. Imposto de renda. Honorários advocatícios. Valores que não ingressaram no patrimônio dos advogados. Descaracterização do acréscimo patrimonial. Não incidência do tributo. Apelo provido".<sup>2</sup>

O conhecimento dos conceitos que integram a Teoria do Direito é de capital importância para a adequada interpretação das normas jurídicas em geral, e para a interpretação da norma albergada pelo art. 123 do Código Tributário Nacional é indispensável conhecermos os conceitos responsabilidade e de dever jurídico, e a distinção essencial que existe entre eles. É que a citada norma não se refere ao dever de pagar, mas à responsabilidade pelo pagamento, de sorte que sem conhecer a distinção entre o dever e a responsabilidade fica difícil delimitar o seu alcance.

Neste pequeno estudo vamos examinar esses conceitos e a distinção essencial entre o dever e a responsabilidade, para que possamos apontar a adequada interpretação da norma em referência.

## 2. O DEVER E A RESPONSABILIDADE

### 2.1. Na Teoria Geral do Direito

O dever jurídico situa-se no momento da liberdade. É o dever do qual são titulares todos os sujeitos de relações jurídicas, de se comportarem de acordo com o Direito. O devedor, em princípio, é livre para adotar a conduta lícita,

<sup>2</sup> TRF da 5ª Região, 4ª Turma, Apelação cível nº 386.675 – AL, Rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, julgada em 7 de novembro de 2007.

aquela conduta que corresponde a seu adimplemento, ou adotar a conduta ilícita, aquela conduta que corresponde a seu inadimplemento. Se adota a conduta de não cumprimento do dever, a conduta ilícita, enseja o surgimento da possibilidade de sanção, que é a consequência do ilícito nessa conduta consubstanciada. A essa consequência o inadimplente pode estar sujeito, ou não. Se está, diz-se que ele, além de ser devedor é também responsável. Tem o dever e tem também a responsabilidade. Pode ocorrer que o devedor não seja também responsável, que ele não tenha a responsabilidade, mas simplesmente o dever. Isto, porém, é excepcional. Em regra quem tem o dever jurídico tem também a responsabilidade a ele correspondente.

Responsabilidade é o estado de sujeição à sanção. O sujeito passivo da relação jurídica, quer dizer, o devedor, embora eventualmente possa não ter, geralmente tem a responsabilidade que a esse dever corresponde. O dever jurídico, repita-se, não envolve necessariamente e em todos os casos a responsabilidade, mas geralmente está de tal forma ligado a esta que nem se percebe a distinção que na verdade existe entre essas categorias jurídicas.

Não se trata de distinção arbitrária, mas de sólida construção da Teoria Geral do Direito. Hans Kelsen, por exemplo, a explica de forma muito clara, afirmando:

Conceito essencialmente ligado com o conceito de dever jurídico, mas que dele deve ser distinguido, é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposita conduta sua é tornada pressuposto de uma ato coercitivo (como sanção). Mas este acto coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida – como já se fez notar – contra o indivíduo cuja conduta é pressuposto do acto coercitivo, contra o delinqüente, mas pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito responde pelo ilícito, é juridicamente responsável por ele.<sup>3</sup>

O dever jurídico, repita-se, está situado no momento da liberdade humana sendo a seu respeito pertinente falar-se de observância da norma. Já a responsabilidade situa-se no momento da coercibilidade jurídica, sendo a seu respeito pertinente falar-se de aplicação da norma. A este propósito, aliás, já escrevemos:

#### 4.4. Observância e liberdade

A observância é diferente da aplicação, embora na maioria dos compêndios não se veja registrada essa diferença. A observância,

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 177.

como o dever jurídico, situa-se na esfera da liberdade. Cumpre-se o dever, observa-se a norma, querendo. Quem não quer não cumpre o dever. Não observa a norma. Todos temos liberdade para tanto.

Por isto é que se diz que a observância está na esfera da liberdade.

Se aquele que aufera a renda tributável paga espontaneamente o tributo devido, diz-se que se deu a observância da norma. Observância, portanto, é o cumprimento espontâneo do dever que a norma atribui àquele que se encontra em sua hipótese definido como sujeito passivo da relação jurídica correspondente.

O dever jurídico, porém, não se confunde com a responsabilidade, que enseja a coercibilidade e a aplicação da norma e a sanção.

#### 4.5. Aplicação, responsabilidade e coercibilidade

Se aquele que aufera a renda não observa a prescrição normativa, e não paga o tributo devido, a autoridade competente deve fazer o lançamento e a respectiva cobrança, do tributo e da penalidade correspondente, com o que estará ocorrendo a aplicação da norma. A aplicação, portanto, é a conduta de alguém que impõe a outro a consequência prevista na norma.

Dada a não prestação, isto é, quando aquele que auferiu a renda não pagou espontaneamente o tributo, deve ser a sanção, isto é, a multa e a execução forçada.

Note-se que a conduta daquele que aplica uma norma é, ao mesmo tempo, uma observância de outra norma. A autoridade da Administração Tributária que faz o lançamento do tributo com a penalidade correspondente está observando a norma que lhe atribui o dever de agir em tais circunstâncias. Está aplicando a norma tributária, de cuja incidência resultou devido o imposto não pago espontaneamente, e está observando a norma administrativa que lhe atribui o dever de lançar e cobrar o tributo.

Para que seja cabível o lançamento, com a consequente cobrança do tributo e da penalidade pecuniária correspondente, o sujeito passivo há de ter, além do dever de pagar o tributo, que não cumpriu, também a responsabilidade, que é o estado de sujeição e assim não está na esfera da liberdade, mas na esfera a coerção.

A responsabilidade é o estado de sujeição. Alguém é juridicamente responsável na medida em que está sujeito às consequências do não cumprimento do dever jurídico. Já a coercibilidade consiste na possibilidade de coagir-se alguém para que cumpra o seu dever. Sua existência liga-se diretamente à responsabilidade, e só indiretamente ao dever." <sup>4</sup>

<sup>4</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 103-104.

Existe, sem dúvida, o dever jurídico sem a responsabilidade. O incapaz, seja o que ainda não alcançou a maioridade seja o que está privado de suas faculdades mentais, tem dever jurídico sim, mas não tem responsabilidade.

A relação entre o dever e a responsabilidade é estabelecida em cada ordenamento jurídico, de sorte que é sempre possível alguém ter o dever de se comportar desta ou daquela maneira, mas não ficar submetido à consequência jurídica de conduta diversa, vale dizer, consequências do não cumprimento desse dever.

Existe igualmente a responsabilidade sem o dever jurídico. É possível que em certas situações alguém fique submetido à consequência do não cumprimento do dever por parte de outrem, sem que ele tenha desde logo aquele dever. Em nosso Direito Tributário, aliás, existem situações dessa ordem, como a seguir vamos demonstrar, embora não existam situações nas quais o dever de pagar o tributo esteja desacompanhado da correlata responsabilidade.

## 2.2. O dever e a responsabilidade no Direito Tributário

No Código Tributário Nacional a palavra *dever*, e a palavra *responsabilidade*, nem sempre são utilizadas com o rigor que seria desejável. Em alguns de seus dispositivos a palavra *responsabilidade* é utilizada envolvendo o dever de pagar. É o que ocorre, por exemplo, quando estabelece que a lei pode atribuir a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação<sup>5</sup>. Entretanto, ao referir-se a atribuição de responsabilidade em caráter supletivo, está deixando fora de qualquer dúvida a possibilidade de atribuição de responsabilidade tributária a quem não tem o dever de pagar o tributo.

Realmente, quando a lei atribui a alguém, em caráter supletivo, a responsabilidade tributária, isto significa dizer que dessa pessoa somente será cobrado o tributo se aquela a quem cabe o dever de pagar não cumprir esse dever.

Por outro lado, é inegável que a responsabilidade tributária é referida em diversos dispositivos do Código Tributário Nacional com o significado específico de estado de sujeição, no qual é colocado quem não tem o dever de pagar o tributo. Sujeição que somente se faz efetiva em face do não cumprimento de dever. É o que ocorre, por exemplo, em seus artigos 133 e 134.

Seja como for, certo é que no art. 123 do Código Tributário Nacional não se refere à transferência da situação que gera o dever de pagar, mas simplesmente à responsabilidade pelo pagamento, como estado de sujeição decorrente do não

<sup>5</sup> Art. 128, do Código Tributário Nacional.

cumprimento do dever por parte daquele que o tenha.

### 3. A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E AS CONVENÇÕES PARTICULARES

#### 3.1. Natureza da obrigação tributária

As obrigações jurídicas em geral são de duas espécies, a saber: a) legais, que nascem da incidência da lei sobre fatos, e b) contratuais, que nascem de manifestações da vontade. A obrigação tributária é uma típica obrigação legal, porque nasce da incidência da lei tributária sobre o fato por esta definido como sua hipótese de incidência, sendo irrelevante qualquer manifestação da vontade, tanto do sujeito passivo como do sujeito ativo.

Em sendo assim, é evidente que as convenções particulares não podem modificar os elementos essenciais da relação obrigacional tributária, que são sempre aqueles definidos por lei. Por isto mesmo o Código Tributário Nacional, depois de definir o sujeito passivo da obrigação tributária principal como a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, diz ser este: a) contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, e b) responsável, quando sem revestir a condição de contribuinte – quer dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação tributária – sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Em outras palavras, a definição do sujeito passivo da obrigação tributária deve ser feita pela lei, e não pelas convenções particulares ou quaisquer outros atos de vontade.

#### 3.2. Transferência do dever de pagar o tributo

Ocorre que o dever jurídico, em seu significado próprio e específico, situa-se no denominado momento da liberdade e, assim, pode ser objeto dos atos de vontade das pessoas envolvidas em qualquer relação do denominado Direito Obrigacional.

O dever de pagar o tributo, portanto, situado como está no momento da liberdade, pode ser livremente transferido de uma para outra das pessoas de qualquer forma envolvidas ou interessadas em relações de tributação. A transferência do dever de pagar o tributo, portanto, pode ser objeto de convenções particulares que operam os seus efeitos entre as partes contratantes.

Por isto mesmo nos contratos de compra e venda de empresas é comum a existência de cláusulas dispondo a respeito do dever de pagar tributos, atribuindo esse dever a uma das partes. Essas cláusulas são válidas e produzem efeitos entre as partes contratantes. Não produzem, todavia, nenhum efeito jurídico modificativo dos termos da relação obrigacional tributária e por isto

mesmo é que não podem ser opostas à Fazenda Pública quando esta, em face do não cumprimento do dever de pagar o tributo, pretende havê-lo de quem é legalmente responsável.

### 3.3. Responsabilidade criada pela convenção particular

Não se diga, porém, que a convenção particular não gera responsabilidade. Gera, sim, embora não se trate de responsabilidade tributária, vale dizer, estado de sujeição à aplicação da lei pela Fazenda Pública, ao pelo Judiciário a pedido desta. A responsabilidade gerada pela convenção particular é o estado de sujeição no qual se coloca a parte que não cumpre o dever que lhe foi pela mesma convenção atribuído. Estado de sujeição à aplicação da própria convenção particular, pelo Judiciário a pedido da parte interessada.

Assim, se em uma convenção particular o dever de pagar o tributo é atribuído a uma das partes e esta não cumpre esse dever, o não cumprimento do dever faz nascer para ela a responsabilidade, ou estado de sujeição decorrente daquele não cumprimento do dever. Só que esse estado de sujeição diz respeito apenas aos contratantes. Quem assumiu o dever de pagar o tributo e não cumpriu esse dever pode ser responsabilizado pela outra parte, que em virtude da responsabilidade tributária seja compelida pela Fazenda Pública a pagar o tributo.

É certo que a responsabilidade, ou estado de sujeição ao não cumprimento do dever de pagar o tributo, só será útil quando o responsável tenha condições patrimoniais que viabilizem a execução respectiva. Ocorre que nas relações contratuais as partes geralmente conhecem umas às outras e sabem até onde podem se sentir protegidas com as responsabilidades definidas nas convenções que celebram. Assim, pode ser útil uma cláusula contratual que atribua ao alienante de uma empresa o dever de pagar os tributos devidos até a data da venda, embora essa convenção não seja oponível à Fazenda Pública, pois se o tributo não for pago voluntariamente por quem assumiu o dever de pagar, e a Fazenda fizer a cobrança contra o responsável tributário, poderá este cobrar daquele que assumiu o dever através da convenção.

### 3.4. Transferência da responsabilidade

A responsabilidade, como já explicado, é o estado de sujeição às consequências do não cumprimento do dever. Enquanto o cumprimento do dever efetiva-se pela observância das normas jurídicas, a responsabilidade efetiva-se pela aplicação dessas normas. Aplicação da qual, em princípio, somente se cogita quando configurado o não cumprimento do dever, e que somente é viável, para a Fazenda Pública, contra alguém que esteja em estado de sujeição a ela Fazenda Pública, vale dizer, alguém que seja responsável tributário.

Por isto se diz que as convenções particulares relativas à responsabilidade tributária não podem ser opostas à Fazenda Pública. Em outras palavras, perante a Fazenda Pública o estado de sujeição às consequências do não cumprimento do dever de pagar o tributo é sempre o estabelecido em lei e não pode ser transferido mediante convenções particulares. Se pudesse, aliás, seria muito fácil escapar à responsabilidade tributária sem deixar de auferir das vantagens que resultam de situações que configuram fato gerador da obrigação tributária como, por exemplo, a propriedade de um bem imóvel ou a propriedade de um veículo automotor.

### 3.5. Transferência da situação de fato que gera a obrigação tributária

Bem diferente da transferência da responsabilidade tributária é a transferência da situação de fato que gera a obrigação tributária. Essa transferência pode ocorrer e quase sempre ocorre em razão de convenções particulares. Basta que tomemos o exemplo referido no item precedente para bem compreendermos essa afirmação.

Realmente, se alguém é proprietário de um imóvel é contribuinte do Imposto sobre a Propriedade predial e Territorial Urbana - IPTU, ou do Imposto Territorial Rural – ITR, dependendo de onde esteja o imóvel situado, ou em certos casos de sua destinação. Tal situação de fato, vale dizer, a situação de proprietário do imóvel, pode ser transferida mediante convenção particular e essa convenção particular pode, com toda certeza, ser oposta à Fazenda Pública que eventualmente venha a exigir o imposto correspondente de quem já não é proprietário.

O mesmo acontece com a situação de proprietário de um veículo automotor. Essa condição de proprietário pode ser transferida mediante convenção particular. É isto, aliás, o que geralmente acontece, e certamente ninguém dirá que essa convenção particular não é oponível à Fazenda Pública.

## 4. OBJETIVO E ALCANCE DO ART. 123 DO CTN

### 4.1. Elemento teleológico ou finalístico

Entre os elementos a serem considerados pelo intérprete das normas jurídicas encontra-se o elemento teleológico, ou finalístico. Isto é sobejamente sabido de quantos estudam a hermenêutica, ou teoria da interpretação das normas jurídicas. E como elemento teleológico, ou finalístico, devemos entender o objetivo visado pela norma. O que se teve em vista com introdução no sistema jurídico.

Qualquer estudioso do Direito Tributário pode facilmente constatar que

a norma do art. 123 do Código Tributário Nacional não foi elaborada com a finalidade de impedir a realização de convenções particulares sobre o dever de pagar tributos, porque tais convenções podem ser de grande utilidade no mundo empresarial sem causar qualquer tipo de prejuízo à Fazenda Pública.

O objetivo da norma em questão também não pode ser o de impedir que as pessoas sigam praticando atos da vida econômica, que podem transferir situações de fato geradoras de obrigações tributárias, como a venda de imóveis, ou de veículos automotores, para ficarmos com os dois exemplos já citados neste estudo.

O objetivo da norma albergada pelo art. 123, do Código Tributário Nacional realmente foi o de impedir que as pessoas possam, mediante convenções particulares, fugir à responsabilidade tributária, vale dizer, fugir ao estado de sujeição no qual são colocadas pelo descumprimento do dever de pagar o tributo. Possibilidade que evidentemente seria desastrosa para a Fazenda Pública, pois ninguém mais poderia ser compelido ao pagamento do tributo.

#### 4.2. Interpretação adequada da restrição ao efeito da transferência

Ao estabelecer que as convenções particulares sobre responsabilidade tributária não podem ser opostas à Fazenda Pública, a norma do art. 123 do Código Tributário Nacional na verdade reconheceu a validade e a utilidade dessas convenções, cujos efeitos efetivamente devem ficar limitados às partes que as subscrevem.

Note-se que a norma em questão refere-se a convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributo. Sua incidência pressupõe que alguém, obrigado ao pagamento do tributo, transfira a outrem sua responsabilidade. A norma em questão diz não serem oponíveis à Fazenda Pública convenções particulares que transferem a responsabilidade pelo pagamento de tributo. Não se refere às convenções que operem a transferência das situações de fato que fazem nascer a obrigação tributária, coisa indiscutivelmente diversa. Nem se refere ao dever jurídico de pagar, cujo descumprimento faz nascer a responsabilidade, ou estado de sujeição aos efeitos desse descumprimento.

### 5. CONCLUSÃO

Essa é a nosso ver a interpretação adequada da restrição ao efeito das convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento do tributo, interpretação que prestigia o elemento literal, na medida em que se atribua à responsabilidade o sentido de estado de sujeição, que realmente tem na Teoria Geral do Direito, como prestigia decididamente o elemento teleológico, pois o objetivo da norma em questão é apenas o de proteger a Fazenda Pública contra manobras que poderiam ser praticadas pelos sujeitos passivos de obrigações

tributárias.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. Coimbra: Arménio Amado.

MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.



# A ORDEM ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*João Luis Nogueira Matias<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Direito e economia. A relação entre direito e economia nos paradigmas do Estado Liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito. A ordem econômica nas Constituições brasileiras. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988. O princípio da solidariedade social e o exercício de atividades econômicas.

## **Palavras-Chave**

Direito. Economia. Constituição Brasileira. Princípio da solidariedade.

## **ABSTRACT**

Law and economics. Law and economics and the liberal state, the social state and the law democracy rules. The economic rules at the brazilian constitutions. The economic rules in the 1988 brazilian constitution. The principle of solidarity and economic activities.

## **Keys words**

Law . Economics. Brazilian Constitution. Principle of solidarity

## 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição Federal define que vigora na República Federativa do Brasil o sistema econômico capitalista, baseado na livre iniciativa. Contudo, considerando que o mercado é instituição, ambiente social para a realização de negócios, importa definir qual a conformação que a ordem jurídica do mercado assume no Brasil, conformação que decorre, como se verá, dos objetivos que o Estado pretende alcançar na regulação das atividades econômicas.

Em tal contexto, assume importância vital o princípio da solidariedade, princípio conformador da ordem econômica e social. A doutrina nacional pouco

---

1 Doutor em direito pela UFPE. Doutor em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Adjunto da UFC. E-mail: joaoluisnm@uol.com.br

tem se dedicado ao tema, ou pouco tem valorizado o princípio, a fazer crer que no Brasil parece verdadeira a assertiva de Denniger sobre o papel meramente ilustrativo que o princípio da solidariedade assume em alguns ordenamentos jurídicos.

Ao longo do presente trabalho, postula-se demonstrar qual o papel que exerce o princípio da solidariedade social na ordem econômica brasileira.

## 2. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A partir da consolidação do ideário liberal burguês, ao direito, como bem expõe Natalino Irti, é reservado o papel de ofertar os instrumentos para que os indivíduos possam, no uso de sua liberdade, alcançar os fins desejados, sendo descabido ao Estado se utilizar do direito como instrumento de transformação social.<sup>2</sup>

Cabral de Moncada sustenta que, a este tempo, é vedado ao Estado interferir na ordem natural, o que somente era permitido de forma acessória em fenômeno que denomina “dirigismo econômico negativo”, assente em ações puramente preventivas e repressivas.<sup>3</sup>

A função típica da ordem jurídica do Estado Liberal é de garantir a paz social, com base na previsão dos valores reputados interessantes socialmente e da repressão às condutas contrárias aos valores previamente estabelecidos.<sup>4</sup> Prevalece a idéia de restrição da atuação do Estado e proteção da liberdade individual.<sup>5</sup>

Tal contexto de valores é assimilado pelas primeiras constituições brasileiras. As Constituições elaboradas em 1824 e 1891 sofreram forte influência do pensamento liberal clássico. A Constituição do Império era baseada na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789), com ampla valorização da liberdade, igualdade e legalidade. Mantinha a escravidão, assegurava a liberdade de iniciativa e proibia as corporações de ofício, mas não permitiu a consolidação efetiva de uma cultura de mercado.<sup>6</sup> A Primeira Constituição da

<sup>2</sup> IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999, p.22.

<sup>3</sup> CABRAL DE MONCADA, Luís. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p.15 e ss.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizione di comunità, 1977. Há recente tradução da obra, com prefácio de Celso Lafer, sob o título *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manole, 2007.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito econômico*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979 e HAYEK Friedrich A. Von. *Nuovi studi di filosofia, política economia e storia delle idee*. Tradução de G. Minotti. Roma: Armando, 1998.

<sup>6</sup> No Brasil Império, em pleno século XIX, José Evangelista de Souza, o Visconde de Mauá, pioneiro empresário brasileiro, em inúmeras oportunidades percebeu a dificuldade de exercício da atividade econômica sem a consolidação efetiva de uma cultura de mercado. Vários de seus negócios foram inviabilizados, ora pela forte interferência estatal, ora pela ausência de mentalidade empreendedora; créditos deixaram de ser honrados por devedores reconhecidos

República preservava a recente abolição da escravidão, era tomada pelos ideais federalistas e expressava valores liberais no plano econômico.<sup>7</sup>

Da mesma forma, nas Constituições de 1934 e 1937, o ideário liberal era prevalente, embora já sofrendo temperamentos que objetivavam mitigar os radicalismos do pensamento liberal extremado. A Constituição de 1934, em seu Título IV, cuidava da “Ordem Econômica e Social”, estabelecendo no artigo 115 que a ordem econômica devia ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna, limites em que poderia ser exercitada a liberdade econômica. A Constituição de 1937, tomada por idéias fascistas, corporativistas e nacionalistas reuniu as regras econômicas sob o Título “Da Ordem Econômica”, no artigo 135 e seguintes. Atribuía ao Estado a possibilidade de coordenação da produção e estimulava o incentivo à competição com repreensão dos crimes contra a economia popular. Sob a sua égide foram editadas as primeiras leis de proteção à concorrência.<sup>8</sup>

A supervalorização do indivíduo, eixo central da nova ordem burguesa, operou efeitos danosos. Os excessos do ideário liberal, em um contexto no qual a atividade produtiva se concretiza em massa, como anota Paulo Bonavides:

expunham, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, se equiparar.<sup>9</sup>

Os aludidos excessos fermentaram a reação liderada por Marx e Engels, que defendiam que o processo dialético de luta de classes deveria ser dirigido para o objetivo final: o estabelecimento de sociedade paritária, auto-gerida, em que o direito e o próprio Estado seriam desnecessários.<sup>10</sup>

---

em razão da ausência de mecanismos de cobrança eficientes e isentos às relações de compadrio tecidas nos salões das classes dominantes. CALDEIRA, Jorge. *Mauá* – empresário do império. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

<sup>7</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>8</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.57.

<sup>10</sup> O socialismo é termo genérico, que compreende o comunismo, cuja caracterização pode ser feita pela supressão do direito de propriedade privada dos meios de produção e de consumo, e pelo coletivismo, definidos pela supressão apenas da propriedade privada dos meios de produção. Ver: MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. 6v. e MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução de Maria Arsênio da Silva. São Paulo: Nova Stella, 1980. Sobre o pensamento econômico de Marx, recomendável é a leitura, entre outros, de MANDEL, Ernest. *A formação do pensamento econômico de Karl Marx*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; DESAI, Megnad. *Economia marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984 e DESAI, Megnad. *Teoria marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979; SWEEZY, Paul. *Teoria do desenvolvimento capitalista*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Economistas); RUBIN, Isaak Illich. *A teoria marxista do valor*. São Paulo: Brasiliense, 1980; MOTTA, Benedicto. *O homem, a sociedade, o direito, em Marx*.

O contraponto socialista ao liberalismo, que pretendia libertar o homem, na prática, se mostrou opressor e incapaz de alcançar sua finalidade maior, levando ao autoritarismo. Entretanto, importantes foram as ponderações teóricas socialistas, pois evidenciaram a necessidade de reformulação da concepção liberal de vida.

À ânsia de mudança somaram-se as reflexões decorrentes da 1ª Guerra Mundial, a Revolução Russa e o impacto da crise de 1929, que atuaram como os últimos fatores do conjunto que desencadeou as transformações, cujos parâmetros foram definidos, inicialmente, nas Constituições mexicana (1917) e alemã (1919).

A liberdade decorrente da lei oprimia e escravizava, fazendo germinar as sementes de mudança. A idéia de justiça aristotélica, dividida em justiça comutativa, distributiva e legal, é substituída pela noção de justiça social, cuja implementação pressupõe forte atuação estatal.<sup>11</sup> A síntese keynesiana, que aponta para a instabilidade estrutural do sistema capitalista e afasta as formas de auto-ajustamento da economia, expõe a necessidade de implantação de políticas públicas.<sup>12</sup>

A valorização exacerbada do indivíduo, que no âmbito do direito importava na garantia da liberdade puramente formal, ensejou a gestação de nova concepção de Estado, o Estado Social, decorrente de modificação

---

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978 e STAMMLER, Rudolf. *Economia y derecho según la concepción materialista de la historia. Uma investigación filosófico-social*. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Rens, 1929.

<sup>11</sup> AMARAL NETO, Francisco, op. cit., 1997, p.644-645. Ver também: CABRAL DE MONCADA, Luís S. *A problemática jurídica do planejamento econômico*. Coimbra: Coimbra editora, 1985.

<sup>12</sup> A obra de John Maynard Keynes apresenta-se como síntese dos conflitos doutrinários do liberalismo/individualismo e socialismo. O autor contesta a Escola Clássica, reputando-a parcial, cuidando apenas de alguns dos aspectos do fenômeno econômico. Aponta que é necessário reformular o capitalismo, admitindo a interferência mais incisiva do Estado, admitindo a intervenção por regulação. Admite o controle da moeda e do crédito, a utilização de política tributária e de seguro social com fins econômicos e a realização de grandes obras públicas, instrumentos de incentivo ao consumo e de estímulo ao investimento privado. Defende o primado da demanda efetiva, sustentando que os gastos em consumo e investimento devem prevalecer sobre a produção. A partir da premissa da instabilidade do sistema capitalista, destaca que não existem formas de auto-ajustamento da economia, sendo necessário fazer uso de políticas econômicas. A busca do pleno emprego é o valor maior a ser preservado, devendo ser alcançado por vontade política. Para a análise da obra de Keynes, entre outros, ver: KEYNES, J. Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Abril Cultural, 1983; STEWART, Michael. *A moderna economia (antes e depois de Keynes)*. São Paulo: Atlas, 1976; PASSINETTI, Luigi. *Crescimento e distribuição de renda*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979; DILLARD, Dudley. *A teoria econômica de John Maynard Keynes*. São Paulo: Pioneira, 1982; PREBISCH, Raúl. *Introdução a Keynes*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971; ROBINSON, Joan. *Introdução à teoria do emprego*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982; LEKACHMAN, Robert. *Teoria geral de Keynes: trinta anos de debates*. São Paulo: Ibrasa, 1968; ROBINSON, Joan. *Contribuições à economia moderna*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979; DEANE, Phyllis. *A evolução das idéias econômicas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980, e NUNES, António José Avelãs. *O keynesianismo e a contra-revolução monetarista*. Coimbra: Almedina, 1991 e NUNES, António José Avelãs. *Os sistemas econômicos*. Coimbra: Separata do Boletim de Ciências Econômicas, 1973.

superestrutural do Estado Liberal Burguês.

No Brasil, a partir da Constituição de 1946, houve certo movimento no sentido do dirigismo estatal, com a atribuição ao Estado de poderes para intervenção no domínio econômico, o que se consolidou com as Constituições seguintes.

O novo contexto impunha o fim da neutralidade do Estado nas relações econômicas, porquanto o mercado não poderia ser definido como entidade auto-regulada, regida exclusivamente por regras próprias; em verdade, a ausência de regulação configurava legitimação da opressão das classes mais fortes economicamente.<sup>13</sup> Com a modificação do paradigma, o direito passa a ser utilizado como instrumento de interferência nas relações sociais, em que o direito individual é ponderado ante os valores sociais. Novo paradigma é firmado.<sup>14 15</sup>

A função da ordem jurídica não se restringe mais à proteção e repressão, impõe-se a utilização das normas jurídicas para incentivar a adoção de condutas reputadas interessantes. O direito passa a ser usado como instrumento de

<sup>13</sup> Em crítica à formulação da ideologia liberal, Natalino Irti propõe o seu desmascaramento: “[...] não se trata de ‘encontrar’ leis, que a natureza tenha dado aos homens de uma vez por todas, ou de retirá-las de outras fontes terrenas ou supra-terrenas, mas somente de querê-las, ou seja, descer para a arena na luta política, a fim de defender, modificar ou abolir um determinado sistema jurídico-econômico (e econômico porque pressupõe um certo regime de direito). As decisões fundamentais, capazes de dar forma a uma ou outra economia (se os meios de produção devem estar na propriedade privada, se os acordos devem ser tutelados, se os lucros das empresas merecem proteção e assim por diante) são, justamente atos do agir político, e não do puro conhecer, e então implicam amizade ou inimizade ante idéias e visões da sociedade. O pensamento único – a ideologia liberal, em que a esquerda e direita parecem concordar - oculta a intrínseca politicidade de toda a estrutura econômica e vende como lei natural - neutra, objetiva, imparcial - aquilo que propriamente é o resultado de uma decisão. Somente este desmascaramento pode restituir à política a paixão pelas idéias e a responsabilidade pelas escolhas”. IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. In: *Seminário O Estado, a empresa e o mercado. Novas tendências de direito econômico e comercial*, 10 set. 2007, publicada na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. Tradução de Alfredo Capetti Neto e André Karam Trindade. São Paulo: Malheiros, n.145, p.44-49, jan./mar. 2007, p.49.

<sup>14</sup> Esta realidade é muito bem percebida por Judith Martins-Costa, que entende a ordem jurídico-econômica como tóxis, afastando a sua neutralidade em relação ao mercado: COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social – entre cosmos e tóxis: a boa fé nas relações de consumo. In: . *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 617: “Tal qual a economia, também o direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomada de decisões. Por isto, distingue-se daquela concepção naturalista a concepção artificial ou normativa – artificial porque não natural, porque é construída, porque perspectiva o mercado como um locus no qual o direito, enquanto emanção de bem precisas escolhas políticas, constitui, governa, orienta e controla. Não mais o mercado como um ‘dado’, portanto, mas como um ‘construído’: de garantia de um equilíbrio econômico considerado natural, as regras jurídicas passam a ser vistas como elementos de uma determinada estrutura social.”

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

realização de políticas públicas.<sup>16</sup>

Eros Grau, com clareza, percebendo o fenômeno, anota que “o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produzindo alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.”<sup>17</sup>

No mesmo sentido, partindo das idéias de contexto intratexto e extratexto, em análise hermenêutica, José Afonso da Silva sustenta que o direito é conformado pela realidade material (infra-estrutura), ao mesmo tempo em que a influencia, em fenômeno denominado de positivismo dialético.<sup>18</sup>

Como evidência dos novos tempos, a clássica separação entre direito público e privado, dicotomia maior, toma nova conformação, para muitos até deixa de existir, sofrendo modificações contínuas, em que se percebe a existência dos fenômenos, inversos, da publicização do direito privado e privatização do direito público, o que levou Comparato a constatar que “de todos os lados convergem testemunhos e verificações de que a tradicional divisão da ordem normativa em direito público e direito privado perdeu valor explicativo”.<sup>19</sup>

Bobbio, por sua vez, aponta que os aludidos fenômenos não são incompatíveis e sofrem interferência recíproca, destacando que:

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, 1977.

<sup>17</sup> GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.59.

<sup>18</sup> O autor expõe o que entende por positivismo dialético: “O contexto extratexto se refere a toda a realidade lingüística e não lingüística, normativa e não normativa em que se insere a Constituição. Refere-se, em síntese, a todos os eventos e acontecimentos que se movem em torno da Constituição. Esta não é, porém, alheia a esse entorno, pois nele está inserida, e também porque dele recebe influxos renovadores e a ele confere orientação normativa, na medida em que a realidade estatal é submetida a uma rígida ordenação jurídica que tem nela seu fundamento de validade. Não se há de pensar que as bases constitucionais definem a estrutura do contexto, pois isso seria admitir que a Constituição formal (superestrutura) constitua a realidade material (infra-estrutura). Mas também não se trata de aceitar um determinismo do contexto, especialmente do contexto econômico, sobre a realidade jurídica formal. Se esta é a forma, torna evidente que recebe daquela os fundamentos de seu conteúdo, mas a forma também influi na modelagem da matéria. Chamo de positivismo dialético a essa concepção do direito conformado por influência da infra-estrutura, mas que a ela retorna como parte da realidade toda, influenciando-a, e assim modificada condiciona novas formas jurídicas que retornam num processo dialético dinâmico de dominância do real à superestrutura jurídica e influência desta naquela, de modo que a compreensão do direito legislado (ou não) depende da compreensão da realidade que o condiciona, porque ocorre aí uma conexão de sentido desta para aquele. Dá-se, assim, um processo dialético que o positivismo dialético, por mim adotado, explica como sendo o processo segundo o qual o sentido da Constituição sobe da realidade subjacente, em que suas normas incidem, para transformá-la na peça fundamental da realização da convivência humana e, depois, esse sentido revivificado desce das normas àquela realidade para ajustá-la, ou seja, torná-la justa, àqueles fins de convivência”. SILVA, José Afonso da. *Interpretação da Constituição*. Disponível em: <[http://www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/30a03\\_06\\_05/jose\\_afonso1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2008 e SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro - RDM*, São Paulo: Malheiros, n.50, p.57-74, abr/jun. 1983, p.58.

o primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e compor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.<sup>20 21</sup>

Com base nos novos padrões, o Estado define a forma de exercício da atividade econômica, cujo balizamento é fundamentado em princípios expressamente definidos. Já não se discute a necessidade de regulação exógena do mercado, que é pressuposta; importa definir em que padrões ela deve ocorrer.<sup>22</sup>

A mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social foi significativa, importante para a correção de rumo da economia, mas insuficiente para atender às necessidades da complexa sociedade contemporânea e garantir a liberdade e igualdade materiais.<sup>23 24</sup>

Ana Frazão de Azevedo Lopez, embora reconhecendo o avanço do Estado Social, em razão da valorização da sociedade, em análise crítica, demonstra suas falhas, sustentando que:

faltou ao Estado Social uma compreensão unitária dos direitos subjetivos e da função social diante do novo paradigma que se apresentava como alternativa ao Estado Liberal. Ao mesmo tempo em que previa a função social, mantinha-se ainda preso a uma noção formalista de direito subjetivo, que mais se identificava com o Estado Liberal e ainda dificultava a análise de legitimidade

<sup>20</sup> É demonstração efetiva da publicização do direito privado a nova regulação da sociedade limitada, composta de regras cogentes, inafastáveis pela vontade dos sócios, tendentes a preservar direito dos minoritários. Já a privatização do direito público decorre da freqüente utilização de mecanismos típicos do setor privado na seara pública, como é previsto, por exemplo, na lei das parcerias público-privadas, no Brasil.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade* – para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

<sup>22</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito da economia*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1986 e RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

<sup>23</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. O estado democrático de direito, apontamentos históricos críticos. *Revista da AJURIS* – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano XXXV, n.109, p.163-183, mar. 2008 e CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

<sup>24</sup> Interessante análise sobre a marcha e contramarcha das idéias liberais no Constitucionalismo brasileiro pode ser encontrada em MERQUIOR, José Guilherme. Liberalismo e constituição. In: MERCADANTE, Paulo (Org.). *Constituição de 1988: avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990, p.13-18.

e intersubjetividade suscitada pela função social.

Continua a autora:

[...] a construção do paradigma do Estado Social foi feita a partir de uma priorização da economia, tal como ocorrera no Estado Liberal. Na ânsia de corrigir e regular as falhas de mercado, o Estado Social, longe de tentar fomentar e dinamizar as relações de solidariedade procurou incorporá-las, pouco importando as restrições que a sua atuação trazia para a autodeterminação dos cidadãos.<sup>25</sup>

Expressão do formalismo típico do Estado Social é a concepção de normas constitucionais programáticas, sem efetividade imediata, meras proposições que podem, no futuro, tornar-se realidade. Esperava-se mais do Estado, o paradigma do Estado Social não satisfaz as necessidades sociais.

Neste contexto, o paradigma do Estado Social formal, mero Estado de Direito, mesmo que não mais expresse os valores liberais clássicos, não é suficiente. Necessário é qualificar a sua atuação, o que significa adequá-lo aos compromissos axiológicos previstos na Constituição Federal. O ordenamento não pode estar restrito às funções de regulação das condutas e de repressão das ofensas aos padrões estabelecidos, devendo induzir à prática dos valores eleitos.<sup>26 27</sup> Fábio Konder Comparato esclarece a grande transformação:

No Estado liberal - fato já tanta vezes posto em foco - a ordem jurídica é propriamente vaga ou indiferente a fins determinados, cuja eleição compete por completo aos particulares. O direito limita-se a fixar as regras do jogo, sem conceder privilégios a qualquer dos jogadores, considerados, dessa forma, iguais perante a lei. O bem comum, objetivo declarado do Estado, reduz-se à adequada formulação e ao escrupuloso respeito às regras do jogo. A grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade. A fixação desses fins sociais costuma ser feita, primariamente, na Constituição e, secundariamente, em leis orgânicas ou na lei do plano.<sup>28</sup>

No mesmo sentido a posição de Weingartner Neto, que defende que a complexidade das relações sociais contemporâneas pressupõe um Estado Social e Democrático de Direito:

<sup>25</sup> LOPEZ, Ana Frazão de Azevedo, *op. cit.*, 2006, p.306.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, 1977. Há recente tradução da obra, com prefácio de Celso Lafer, sob o título *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manole, 2007.

<sup>27</sup> Antônio José Avelãs Nunes adverte que a questão central nos dias de hoje é a compreensão do fenômeno do poder, o que impõe a interferência do Estado na repartição de riqueza, fenômeno não percebido pelas linhas de pensamento neoliberais. NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. Ver, também: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Schwarcz, 2000.

<sup>28</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, 1983, p.59.

Perante as novas exigências de socialidade e democracia no século XX, o Estado de direito torna-se Estado social e democrático de direito – com a correlata alteração dos elementos do Estado liberal. No plano dos direitos e liberdades individuais, tais exigências orientam-se em três direções: (a) na fundamentalização dos direitos sociais (incluídos os econômicos e culturais), que passam a ser consagrados constitucionalmente; (b) numa reinterpretação dos direitos tradicionais à luz do novo princípio de socialidade (a afetar o pleno desenvolvimento do ‘homem abstrato’, que poderia desumanizar ‘homens concretos’, com uma releitura especial do direito de propriedade); (c) os direitos fundamentais ultrapassam a mera técnica de defesa contra abusos da autoridade pública e são vistos como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, a adquirir relevância nas relações jurídico-privadas.<sup>29</sup>

O autor expressa o perfil do Estado adequado à sociedade pós-industrial e insinua a importância do princípio da solidariedade social como valor central da ordem jurídica e princípio conformador do exercício das atividades econômicas, argumentação a que se adere.

Consolida-se, então, a idéia da legitimação da organização estatal e do próprio ordenamento jurídico a partir dos objetivos que se propõem a alcançar, os quais podem ser impostos à coletividade; é o paradigma do Estado Democrático de Direito.

### 3. A ORDEM ECONÔMICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Analisando o Estado constitucional em perspectiva evolutiva, a legitimação do exercício do poder político é a característica determinante do Estado Democrático de Direito,<sup>30</sup> legitimação que decorre da soberania popular, já que o poder político é derivado do povo.<sup>31 32</sup>

<sup>29</sup> WEINGARTNER NETO, Jaime, *op. cit.*, 2008, p.179.

<sup>30</sup> DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001 e NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Separata do V. XXIX. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1987, p.188-220.

<sup>31</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>32</sup> A dogmática nacional está se transformando, “sob impacto de denso conjunto de idéias identificadas, de forma genérica, como pós-positivismo, que propõe a superação do positivismo normativista sem apelo a categorias metafísicas. É elemento central desta construção teórica a compreensão da supremacia material e axiológica da Constituição Federal, que deve implicar na releitura de todo o direito infraconstitucional”, como expõe SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais no paradigma liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.375-414. O mesmo posicionamento é defendido por BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.9-44.

A Constituição Federal, como já evidencia pelo preâmbulo, define a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, na forma do artigo 1º, em que se dispõe que é formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico.<sup>33</sup>

Convém destacar a qualificação da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. O qualificador “de direito” acresce à noção aspectos materiais, de conteúdo, significando evolução do plano de segurança jurídica formal para plano de aspiração à realização dos valores, democraticamente, inseridos no texto constitucional, conforme destaca Douglas Yamashita:

O acréscimo do adjetivo ‘democrático’ ao conceito de Estado de Direito visa, portanto, garantir que o princípio do Estado de Direito da Constituição Federal de 1988 não seja interpretado como princípio do Estado de Direito meramente formal, mas, também, como princípio do Estado de Direito material, a explicitar em si o Princípio do Estado Social, verdadeira norma de Direito Constitucional em prol da solidariedade.<sup>34</sup>

Os fundamentos da República Federativa do Brasil conformam a atuação estatal e dos particulares, como valores eleitos pelo legislador, que deve ser pautada para o alcance dos seus objetivos fundamentais, também firmados na Constituição Federal, especificamente no artigo 3º.

Conforme a previsão constitucional, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A democracia é eleita como meio de solução, ou de administração, do clássico conflito entre liberdade e igualdade.<sup>35</sup> A partir da fixação no texto

<sup>33</sup> Preâmbulo: “Nós, representantes do Povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

<sup>34</sup> YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.53-67, p.55. No mesmo sentido: VIDIGAL, Geraldo. *A ordem econômica. A Constituição brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

constitucional dos valores prevalentes, eleitos democraticamente, é buscada a conciliação entre melhor qualidade de vida para todos e preservação das liberdades individuais.<sup>36</sup>

No contexto atual, a legitimação política é a chave para o equilíbrio da tensão e para a conformação das esferas econômica e jurídica. O cenário político é fundamental; é na Constituição que os valores acolhidos pela sociedade são firmados, decorrendo sua força da escolha democrática.

Aqui se descortina a importância do princípio da solidariedade social. A idéia de solidariedade social interfere nas relações entre a seara política e a jurídica, associando o direito à democracia, assumindo papel de princípio central da ordem jurídica, a partir do qual devem ser interpretados os demais princípios e regras.<sup>37</sup>

O papel de destaque no balizamento das condutas econômicas assumido pelo princípio da solidariedade social também é percebido por Natalino Irti, tendo por base o Ordenamento Jurídico Italiano, mas com argumentação que não é incompatível com a ordem jurídica nacional. Destaca o autor que os artigos 2º e 41, da Constituição Federal Italiana relacionam solidariedade e mercado, apontando que:

se o mercado designa estatuto jurídico das trocas econômicas, se a Constituição impõe à lei ordinária que estabeleça sua fisionomia, os critérios de conformação, indicado nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 41, traduzem o dever de solidariedade no campo da liberdade de iniciativa econômica.<sup>38 39</sup>

Os princípios gerais da ordem econômica, firmados no artigo 170, da Constituição Federal, são balizamentos para a atuação dos operadores econômicos no mercado. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência

<sup>36</sup> QUIROGA, Hugo. Mercado e solidariedade social: reflexos a partir da crise do Estado de bem-estar. *Revista de Administração Pública – RAP - Revista da escola brasileira de administração pública da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, n.28, p.92-113, abr./jun. 1994, p.94.* Para o autor, a relação de conflito entre mercado e Estado é expressão da tensão entre o particular e o social, cujo equilíbrio foi descrito por diferentes formas de pensamento. No contexto de Hegel, o equilíbrio decorre do Estado, ente com racionalidade superior; em Marx, decorre da sociedade emancipada e igualitária; no liberalismo, decorre do mercado, em razão da otimização dos resultados individuais conduzir ao interesse geral.

<sup>37</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>38</sup> IRTI, Natalino, *op. cit.*, 2001.

<sup>39</sup> No mesmo sentido, reconhecendo a importância do princípio da solidariedade no direito italiano, GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'Ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002, p.7: “[...] il riconoscimento che il fenomeno giuridico non si esaurisce nelle disposizioni dei codici, perché si proietta sino alle manifestazioni del suo vissuto interpretativo e applicativo, fa assurgere alla dignità di argomento la constatazione secondo cui il principio di solidarietà viene richiamato con crescente frequenza dalla stessa Corte Costituzionale, mentre ricorrenti accenni della dottrina, pur dandone sovente per presupposta la consistenza, lo pongono fra i principi fondamentali dell'attuale assetto politico-costituzionale.”

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Tais princípios estão vinculados ao fim de construir uma sociedade livre e solidária.<sup>40</sup>

Mas, qual a significação do estabelecimento de uma ordem econômica? A resposta é dada por Eros Grau que, em perspectiva histórica, mas tendo em vista as previsões do artigo 170, destaca que:

a contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma 'ordem econômica', ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder).<sup>41 42</sup>

Como forma de efetivação dos princípios constitucionais, ao Estado é assegurada a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, na forma do que prevê o artigo 174, da Constituição Federal.

O cenário que decorre das previsões do artigo 174, da Constituição Federal, é exposto, em suas linhas básicas, por Scott, que anota:

o artigo 174, caput, da CF, destinando ao Estado os papéis de agente normativo e regulador da atividade econômica, estabeleceu uma nova oportunidade para que se pudesse construir um ambiente econômico minimamente desenvolvido, capaz de emancipar a sociedade brasileira de modo geral, a partir dos fundamentos, princípios e objetivos sócio-econômicos fixados pelo próprio texto constitucional. O conteúdo veiculado pelo artigo é norma jurídica que vincula a ação dos Poderes Estatais, impondo-lhes como prioritária a tarefa de normalizar, democraticamente e a partir dos parâmetros constitucionais, a atividade econômica. Nesse contexto, surge o planejamento como meio racional viabilizador dessa importante tarefa, mas não apenas isso, surge com a função que melhor integra as outras duas fixadas pelo próprio dispositivo, as funções de fiscalização e de incentivo, já que as potencializa

<sup>40</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico – estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 2000.

<sup>41</sup> GRAU, Eros, *op. cit.*, 2005, p.13.

<sup>42</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento - uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

dentro de sua própria aplicação [...].

Acrescenta o autor que “o planejamento indicativo é o instituto apto a fortalecer as decisões públicas, direcionadas para o fim primeiro de assegurar crescimento, emprego e dignidade aos brasileiros.”<sup>43</sup>

No direito nacional, o dever de solidariedade no campo da liberdade de iniciativa econômica emana dos princípios da dignidade humana e da solidariedade social. Para os fins do presente trabalho, impõe-se a análise do princípio da solidariedade social, princípio conformador do exercício da atividade econômica.

#### 4. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO

Embora presente no cenário das idéias desde a antiguidade, a consolidação do princípio da solidariedade como valor maior é fruto do debate desenvolvido ao longo dos últimos duzentos anos.<sup>44</sup> Situada inicialmente no plano moral<sup>45</sup>, a idéia de solidariedade social ingressa no âmbito jurídico após a sua maturação no plano político.<sup>46</sup>

Noção concebida como resposta as inquietações que marcaram o final do século XIX e início do século XX, a solidariedade social foi fórmula criada para permitir maior espaço ao ideário socialista sem o sacrifício das liberdades individuais, ou seja, tinha por finalidade promover a conciliação entre o individual e o social.

<sup>43</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha, *op. cit.*, 2000, p.195-196.

<sup>44</sup> Solidariedade decorre de solidário, que advém do termo latim “solidus”, o que traduz o sentido gramatical de total ou totalidade, por inteiro. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>45</sup> No plano moral, a solidariedade social é concebida como dever que decorre da coexistência. A sua conformação é bem expressa por Pecqueur: “*Qu’est-ce donc la solidarité? C’est la dépendance naturelle, nécessaire, intime, continuelle, absolue, indéfinie, ou sont, lès uns et lès autres, lès êtres humains em générale, pour leur développement individuel, moral et physique; pour leur bien-être, leur liberté, leur perfectionnement et leur bonheur [...] Cette dépendance est réciproque, incessante, du riche au pauvre, du fort au faible, tout autant que du pauvre au riche, du faible au fort. Nul ne peut s’y soustraire impunément, par la nature des choses*”. PECQUEUR, C. *Qu’est-ce que la solidarité? Lè salut du peuple*. *Journal de La Science Sociale*, Paris, Ballard, 10 jan. 1850, p.3.

<sup>46</sup> A solidariedade é, sobretudo, um fato social, como expõe Moraes: “[...] na medida em que não se pode conceber o homem sozinho – como o mito de Robson Crusoe na ilha deserta quis fazer crer – e somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade. Ser solidário, assim, é partilhar, ao menos, uma mesma época, e, neste sentido, uma mesma história. Desta solidariedade de fato, objetiva, já se disse que ela é o que permite distinguir uma sociedade de uma multidão”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.160.) No mesmo sentido: RIDLEY, M. *As origens da virtude*. Um estudo biológico da solidariedade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

A sociedade contemporânea tem por traço marcante o privilégio do social, ou seja, a valorização da pessoa humana, a partir da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais.<sup>47</sup> É consensual a importância da solidariedade social na contemporaneidade. A consistência do conceito decorre de dois séculos de reflexão e de debate sobre as relações entre o indivíduo e a sociedade.<sup>48</sup> A solidariedade é o que torna possível a vida em sociedade, servindo de padrão para a fixação do necessário equilíbrio das relações sociais.<sup>49</sup>

A compreensão da nova realidade é muito bem exposta por Judith Martins-Costa, ao abordar a tendência de funcionalização dos direitos subjetivos como limitação ao seu exercício desmedido:

[...] atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo 'mito jusnaturalista' que recobria na codificação oitocentista, da qual fora levada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica da soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esferas dos interesses alheios.<sup>50</sup>

No mesmo sentido, valorizando a noção, Brunkhorst, partindo do vínculo entre a visão cristã de fraternidade e solidariedade e a concepção jurídica que dela se consolida no moderno constitucionalismo, afirma a juridicidade

<sup>47</sup> AMARAL NETO, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: *Direito civil - atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.61-77.

<sup>48</sup> DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleon*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., [s.d.].

<sup>49</sup> GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'Ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002. Em sua obra o autor defende que o princípio da solidariedade social assume o papel de ponte entre o universo naturalístico da esfera privada e o universo artificial da esfera pública, sendo o meio de superação da tensão entre a liberdade e a autoridade, entre o individual e o geral, instrumento para a superação da igualdade formal.

<sup>50</sup> COSTA, Judith Martins. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: *Diretrizes do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.158. Seguindo a mesma linha de raciocínio, a caracterização que a autora faz de solidariedade social: "[...] a palavra solidariedade traduz categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social. Essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo direito na Constituição, indicando, em linhas gerais, a exigência de evitar, ou ao menos reduzir, a conflitualidade social mediante a superação de uma visão estritamente egoística do direito. Torna-se, pois, exigência ético-jurídica de tipo político, cujo papel é o de desenvolver 'uma função de endereço político acerca do funcionamento do próprio Ordenamento Jurídico'. COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social – entre cosmo e táxis: a boa fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p.620-621.

do conceito e destaca a sua importância para a democracia, anotando que a solidariedade nada mais é do que a democrática realização da liberdade individual.<sup>51</sup>

O cerne da solidariedade social, portanto, consiste em uma apreciação das finalidades dos institutos jurídicos, tendo em vista uma perspectiva não individual, que conduza à satisfação dos interesses envolvidos.

A Constituição Federal assimila o novo ideário, fazendo a previsão da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, na forma do artigo 1º, inciso III, e estabelecendo a solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I. Ao regular o direito de propriedade, em seus artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso II, a Constituição Federal condiciona-o à sua função social, afastando a possibilidade de abuso do direito de usar, gozar e dispor de bens. A interpretação das disposições constitucionais permite a compreensão de que

ao estatuir como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição conformou um modelo de mercado assentado, de um lado, na liberdade de iniciativa econômica, de outro, na valorização do trabalho e na defesa do consumidor, princípios conducentes, todavia, à consecução de um preciso fim – a construção de uma sociedade solidária - livre, justa e solidária, como afirma o artigo 3º.<sup>52,53</sup>

O Supremo Tribunal Federal não tem tergiversado quanto ao

<sup>51</sup> BRUNKHORST, Hanke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: Mitpress, 2005, p.3-4: “Of course, the modern constitutional revolution has a highly selective attitude toward its Christian heritage. Only reciprocal relations are compatible with its postulate of autonomy. Fraternity is not compassion, and solidarity is not mercy but a right. Unlike the classical political concepts of (substantial) justice, of the good life, and of the common good, the revolutionary slogans of fraternity and solidarity refer directly to the specifically modern combination of freedom and politics. Solidarity is not the other of justice. Rather, it is nothing but the democratic realization of individual freedom. If the classic republican formula of the common good refers to an objectively recognizable collective good, “solidarity” has from the start an individualistic quality. But fraternity and solidarity, as the quoted passages from the “contract social” and the Constitution of 1793 show, are supposed to guarantee the equal enjoyment of individual rights within the medium of the political equality of every subject under the Law, along with the “participation of each individual in public affairs”. Thus, in the equality of public freedom, which is required for “preserving the potential for social selfchange, there also lies the only foundation in constitutional theory for the social-welfare state. In the modern constitutional regime, common good, justice, and solidarity coincide with the democratic legitimation of normatively binding decisions. There is in the constitutional state neither a common good nor a justice beyond democratic legislation and, therefore, also no constitutional state without democracy.”

<sup>52</sup> COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social – entre cosmo e táxis: a boa fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p.620.

<sup>53</sup> Em vários países a solidariedade social é prevista como princípio conformador da atividade econômica e, por conseqüência, do exercício da atividade empresarial, como pode ser visto: “Constituição Italiana, artigo 2º - *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sai come singolo sai nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, econômica e sociale*”. “Constituição Portuguesa, artigo 1º - *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*”

reconhecimento da importância da solidariedade social. Assim foi na ADC9/DF - Ação Direta de Constitucionalidade, em que a Relatora para o Acórdão, Ministra Ellen Gracie, reconheceu a constitucionalidade da Medida Provisória 2.152-2, de 1º de junho de 2001, que fixava metas de consumo e regime especial de tarifação, admitindo como legítima a imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrassem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima.<sup>54</sup>

A Corte Maior também tem reconhecido no princípio da solidariedade social o fundamento para o planejamento, instauração e cumprimento de políticas públicas e tem sustentado que a sua consagração é importante para o reconhecimento dos direitos humanos de terceira geração e, conseqüentemente, para o desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos mesmos. No MS 22164/SP, o relator, Ministro Celso de Mello, foi explícito no reconhecimento do princípio da solidariedade com tal feição:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.<sup>55</sup>

A solidariedade social também foi utilizada como fundamento central das seguintes decisões: para afastar a possibilidade de que o processo extradicional, que é meio efetivo de cooperação internacional na repressão da criminalidade comum, seja utilizado como instrumento de concretização de pretensões questionáveis ou censuráveis que venham a ser deduzidas por Estado estrangeiro no Brasil;<sup>56</sup> para admitir a constitucionalidade da responsabilidade

<sup>54</sup> DISTRITO FEDERAL. ADC/DF - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Néri da Silveira. Relatora para o Acórdão Ministra Ellen Gracie. *Diário de Justiça*, 23 abr. 2004.

<sup>55</sup> SÃO PAULO. MS 22164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 30 out. 1995; SANTA CATARINA. RE 415454/SC. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça*, 08 fev. 2007; DISTRITO FEDERAL. ADI-MC3540/DF. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 01 fev. 2005.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF REXT 524/PB. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário*

objetiva atribuída a entidades seguradoras, em temas de acidentes de trânsito na via terrestre, causados por veículo automotor, com fundamento na supremacia do interesse público, nos ditames da justiça social e redução das desigualdades sociais;<sup>57</sup> como forma de afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira geração;<sup>58</sup> para afastar a aplicação retroativa do aumento concedido por meio da Lei 9.032/95 a todos os segurados, destacando a obrigação de os trabalhadores ativos financiarem os inativos, como decorrência do princípio da solidariedade social, entre outros casos.<sup>59</sup>

Constata-se, assim, que de mero preceito moral, a solidariedade social se transformou em princípio jurídico, apto a incidir sobre toda a ordem jurídica, o que lhe confere exigibilidade, como fonte de obrigações positivas e negativas e de direitos correlatos, assim como se impõe que seu conteúdo seja utilizado como critério interpretativo de outras normas.<sup>60</sup>

A consagrada noção de solidariedade social se esparrama por toda a ordem jurídica, como princípio basilar, que orienta e informa a compreensão de todas as demais normas, inclusive as de direito privado. O princípio da solidariedade social determina e condiciona a interpretação das normas de regulação do mercado.

## 5. CONCLUSÃO

À luz do direito nacional, o questionamento de Denniger somente pode ter resposta negativa, vez que o princípio da solidariedade social conforma e condiciona o exercício da atividade econômica.

De mero preceito moral, a solidariedade social assume a condição de princípio jurídico, com densidade própria e inegável exigibilidade, não podendo

---

*de Justiça*, 08 mar. 1991, p.2200.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI-MC Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1003/DF. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 10 set. 1999, p.0002, No Acórdão, é exposto pelo relator que: “A CF, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade social, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional, ao editar o artigo 1º da Lei 8.441/92”.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF/MS 22164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 17 nov. 1995, p.39206.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF/REAgR - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 441767/PR. Relator Ministro Eros Grau. *Diário de Justiça*, 22 abr. 2005, p.00015.

<sup>60</sup> O Projeto de Constituição Européia eleva o *status* jurídico da idéia de solidariedade social, consagrando-a como valor universal, em paralelo à dignidade humana, à liberdade e à igualdade. No original: “*Conscient de son patrimoine spirituel et moral, l’Union se fonde sur les valeurs indivisible et universelles de dignité humaine, de liberté, d’égalité et de solidarité [...] L’Union contribue à la preservation et au développement de ces valeurs communes.*” Projeto de Constituição Européia, Preâmbulo, Parte II, p.56.

ser considerado simples enfeites de preâmbulos, competindo aos operadores do direito assegurar-lhe efetividade.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Doxa: Universidad de Alicante, n.5, 1988.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito econômico*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento - uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRUNKHORST, Hanke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: Mitpress, 2005.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

\_\_\_\_\_. *A problemática jurídica do planejamento econômico*. Coimbra: Coimbra editora, 1985.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá - empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica* 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.141-163.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros, ano XXIII, n.50, abr./jun. 1983a, p.57-74.

\_\_\_\_\_. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros (Nova Série), v.50, abr./jun.1983b, p.57-74.

\_\_\_\_\_. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros, ano XXV, n.63, jul./set. 1986, p.71-79.

\_\_\_\_\_. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial. In: \_\_\_\_\_. *Direito empresarial, estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.21-66.

\_\_\_\_\_. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, ano I, dez. 1997. p.92-99.

\_\_\_\_\_. Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros, v.25, 1976. p.39-48.

COSTA, Judith Martins. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: \_\_\_\_\_. *Diretrizes do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002a, p.88-168.

\_\_\_\_\_. Mercado e solidariedade social – entre cosmos e táxis: a boa fé nas relações de consumo. In: \_\_\_\_\_. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002b, p. 611-661.

\_\_\_\_\_. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: \_\_\_\_\_. *Diretrizes do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.88-168.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa fé no direito civil brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p.39-73.

DEANE, Phyllis. *A evolução das idéias econômicas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Tradução de Antônio Borges Coelho. Lisboa: Horizonte, 1978.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

- DESAI, Megnad. *Economia marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Teoria marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Tarus, 1988.
- DILLARD, Dudley. *A teoria econômica de John Maynard Keynes*. São Paulo: Pioniera, 1982.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L, [s.d].
- FEIJÓ, Ricardo. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRARESE, Maria Rosaria. Il mercato ed i suoi significati. In: \_\_\_\_\_. *Diritto e mercato*. Torino: Giappichelli, 1992, p.17-76.
- FURTADO, Emanuel. Princípios e hermenêutica do direito constitucional. *Revista Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC*. Fortaleza, n. 25, jan./jun. 2008, p.35-50.
- GALBRAITH, John Kenneth. *O novo estado industrial*. 2 ed. São Paulo: Pioneira, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Economics in the industrial state: science and sedative economics as a system of belief in The American Economic Review (papers and proceedings)*, v. LX, n.2, maio 1970.
- \_\_\_\_\_. *O pensamento econômico em perspectiva – uma história crítica*. São Paulo: Pioneira/Universidade de São Paulo, 1989.
- GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'Ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUIMARÃES, Leonardo. Exclusão de sócio em sociedades limitadas no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros (Nova Série), ano XLII, v.129, jan./mar. 2003, p.108-120.
- HOUTTE, Jean van. *Sociétés privées à responsabilité limitée*. Bruxelles: Larcier, 1989.
- HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HUNT, E. K; SHERMAN, H. J. *História do pensamento econômico*. Petrópolis: Vozes, 1985.

IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

\_\_\_\_\_. *L'Ordine iuridico del Mercato*. Bari: Laterza, 2001.

LEKACHMAN, Robert. *Teoria geral de Keynes: trinta anos de debates*. São Paulo: Ibrasa, 1968.

MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1964. 6 v.

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução de Maria Arsênio da Silva. São Paulo: Nova Stella, 1980.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

\_\_\_\_\_; ARENSBERG, C. (Org.). *Les systèmes économiques dans l'histoire et dans la théorie*. Paris: Librairie Larousse, 1975.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: \_\_\_\_\_. *Princípios de direito ambiental – na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.33-50.

VIDIGAL, Geraldo. *A ordem econômica. A Constituição brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

WEBER, Max. *História geral da economia*. Traduzido por Klaus Von Puschen. São Paulo: Centauro, 2006.

\_\_\_\_\_. *Economy and society*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1978. v.I.





# O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

*Maria Cristina Zucchi*<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo analisa o papel do juiz na recuperação judicial de empresas em crise. A partir da justificativa de intervenção do Estado no quadro de insolvência, o presente trabalho analisa a classificação dos atos que incumbem ao juiz, identifica alguns exemplos na Lei da Falência e de recuperação judicial e conclui da necessidade absoluta da atividade do juiz como melhor meio de resolver a situação de insolvência da empresa no mercado em que ela opera. O papel do juiz também é considerado em contraste com o poder dos credores no processo de recuperação judicial, sem abandonar o principal objetivo estabelecido no artigo 47 da Lei Brasileira de Falências e de recuperação judicial.

## Palavras-chave

Juiz. Empresas. Insolvência. Recuperação Judicial.

## ABSTRACT

This paper offers an analyses of the role of the judge in the judicial reorganization of enterprises in crisis. Departing from the justification of the State intervention in the insolvency frame, the focus gets into the classification of acts incumbent to the judge, detects some examples in the text of the Bankruptcy and Judicial Reorganization Act, enacted in 2005, and concludes on the absolute need of the judge activity in conducting and deciding fact and legal issues until the final conviction of it being the case of recovering the enterprise in the market it performs or liquidating it, as a better mean of solving its insolvency situation. The role of the judge is also considered in contrast to the power of creditors in the judicial reorganization proceedings, without abandoning the main goal stated in article 47 of the Brazilian Bankruptcy and Judicial Reorganization Act.

## Key-words

Judge. Enterprises. Insolvency. Judicial Reorganization.

<sup>1</sup> Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e Mestre Direito Constitucional comparado pela Universidade Samford – USA. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: tizucchi@gmail.com

## 1. A EMPRESA EM CRISE – POR QUE A SOLUÇÃO PELO ESTADO?

A empresa que apresenta dificuldades nos negócios nem sempre causa preocupação no mercado em que atua.

Nossa doutrina e legislação tradicionalmente sempre indicaram a insolvência como uma das causas da decretação do “estado” falimentar. A crise da empresa, porém, pode não significar necessariamente o estado fático de insolvência. Pode tratar-se de mera retração nos negócios a exigir medidas de superação do estado crítico. Quer advenha tal retração de uma situação econômica geral, quer de uma situação segmentada específica de determinada empresa, torna-se necessária uma avaliação do real motivo da crise econômica para tentar eliminá-la, tomando-se o cuidado de fazer com que tal tentativa tenha por efeito superar a crise e não ampliá-la.

Da mesma forma, a crise momentânea do empresário pode ter surgido de impontualidade, cuja exteriorização não necessariamente caracteriza a situação de insolvência. A mera falta de caixa para honrar seus compromissos não gera uma crise mercadológica. Vários são os mecanismos que podem neutralizá-la, como por exemplo o desconto de duplicatas em bancos, o empréstimo com garantia real sobre o ativo, desde que utilizados com cautela, com o efeito de superar a crise, e não de agravá-la.

A crise decorrente da insuficiência de bens no ativo para fazer frente ao passivo, da mesma forma, pode não denotar a insolvência instalada, de forma incontornável. Ela pode significar, por exemplo, mera fase de investimentos na ampliação da empresa para futuro aumento de resultados, com realocação dos recursos visando a produção de riqueza.

Para que tenhamos a insolvência ensejadora do estado incontornável de crise, é necessário que sejam constatados não apenas a situação de retração da atividade empresária, mas também uma falta de caixa sinalizada com irremediável insuficiência de ativo, gerando um estado crítico realmente ameaçador dos agentes econômicos atuantes no mercado, apto a desencadear neles sucessivas crises. Daí a necessidade de serem criados mecanismos jurídicos e judiciais para enfrentarem tanto a eliminação da empresa desse mercado, quanto a sua recuperação se salutar para o mesmo.

Quando tratar-se de empresas insolventes, as próprias estruturas do livre mercado poderão reagir, identificando nelas uma oportunidade de investimento, gerando condições favoráveis para a recuperação das mesmas e sua permanência neste mercado – mecanismos de recapitalização e de reorganização são deflagrados, os credores assumem este risco, e a empresa continua exercendo a atividade empresária, chegando até mesmo a desenvolvê-la.

Se, contudo, o mercado não vê possibilidade ou conveniência para a recuperação da empresa, a solução acaba sendo a falência da mesma, dificilmente cabendo a sua recuperação. Assim, tratando-se de situação de natureza fático-

econômica, a insolvência pode resultar em rejeição do mercado, com decreto judicial de sua liquidação ou, diversamente, pode ensejar o interesse recuperador por parte dos credores, com o procedimento judicial de sua reabilitação.

Seja numa hipótese ou noutra, a intervenção do Estado, através do Judiciário, torna-se necessária, em razão das implicações que giram em torno da empresa e do mercado em que ela opera - fiscais, trabalhistas, consumeristas, sociais, creditícias, públicas ou privadas. E a necessidade de tal intervenção não significa a atuação do Estado no papel de substituto do empresário<sup>2</sup>, ou subsidiando a iniciativa privada, mas sim na tutela das implicações que a crise da empresa venha a ter no mercado, por cuja saúde o Estado tem o dever de zelar, criando condições para renegociações das dívidas, verificando a existência de perspectivas atraentes de rentabilidade ou a inexistência de motivação sadia para a recuperação do negócio empresário.

Nessa atuação, o Poder Judiciário se destaca no procedimento recuperacional, sobretudo sob a vigência do proclamado princípio da concretude, porquanto a ele, Judiciário, incumbe a missão de apurar o que efetivamente ocorre em cada caso de crise empresária, principalmente as implicações que ela apresenta nos segmentos estruturantes do mercado creditício, para resolver a situação economicamente problemática da forma mais justa, não só quanto ao aspecto social que a empresa represente, como também quanto aos envolvimento que ela especificamente apresente.

## 2. O PAPEL DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

O juiz, figura central no processo, recebe os poderes que são classificados em jurisdicionais, exercidos durante o processo, como sujeito da relação processual, e de polícia, na qualidade de autoridade judiciária, para assegurar a ordem dos trabalhos forenses quando perturbada ou ameaçada.

Os poderes jurisdicionais podem ser: ordinatórios (provimentos destinados ao desenvolvimento do processo); instrutórios (destinados à colheita de provas e apuração dos fatos; e finais, que são os atos decisórios, por meio de sentenças ou atos executórios, para solucionar a lide.

Na ação de recuperação judicial, o juiz exerce poder jurisdicional ordinatório, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 52, 56, 60, 63, 51, § 1º e 3º. De natureza instrutória constitui-se a atuação judicial prevista nos arts. 51 § 3º, 52 IV, 87 § 2º, 145. São atos finais decisórios os previstos nos arts. 63, 56 § 4º, 58, 137, como exemplo.

A figura do juiz, na recuperação judicial, destarte, não se demonstra passiva, como se fora mero homologador das decisões da assembléia geral ou do comitê dos credores, ou ainda do administrador judicial. Atuando

---

<sup>2</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. O futuro do direito falimentar: o mercado versus o Poder Judiciário. *Revista Escola Paulista da Magistratura*. v. 2, n. 1, jan/jun 2001, p. 61-69.

no processo, ele o preside, devendo avaliar as circunstâncias que envolvem cada caso, devendo agir com liberdade e competência, na formação do seu convencimento, ciente de que seus atos são passíveis de recurso. Ele pode perfeitamente vetar resoluções dos credores se contrárias à lei ou ao interesse coletivo que a massa envolva. É assim que o juiz pode, por ex., vetar a realização do ativo aprovada pelos credores, por modalidade outra que não a prevista na lei, conforme disposto no art. 145, desde que tal ato resulte em injusto sacrifício aos legítimos interesses da minoria.

Entendemos estarem ampliados os poderes do juiz na condução do processo de reerguimento da empresa, sem contudo chegar a ser um ativismo jurídico nos moldes do “movimento direito e economia”<sup>3</sup>. Examina o processo, verifica-lhe as possibilidades e conveniências, analisa a situação do empresário recuperando no contexto social, trabalhista, econômico e creditício envolvidos, e verifica qual a melhor solução que aquele caso enseja.

O controle judicial da deliberação da assembléia geral de credores se dá: [a] como controle da legalidade formal, verificando a legitimidade ativa (arts. 1º, e 47), o atendimento dos requisitos legais (art 48, quanto à publicação de editais ), e [b] como controle de legalidade material ou substancial, verificando a existência de fraude, abuso de direito, acordos contrários à lei, à moral, aos bons costumes, à boa-fé, ao interesse público, bem como em relação ao plano de recuperação judicial, tanto no aspecto formal quanto no material.

Seja de uma forma ou outra, é por tal controle que o juiz analisa as implicações que a crise da empresa está causando, avalia os efeitos e alcance de tais implicações e verifica a conveniência da recuperação ou da falência da empresa em crise.

### 3. A SENTENÇA CONCESSIVA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A própria lei estabelece a natureza constitutiva da sentença concessiva da recuperação judicial, no parágrafo primeiro do art. 59. A decisão concessiva da recuperação judicial é título executivo judicial. Assim, se previsto no plano que o devedor deve pagar o credor Afonso em 1 (um) ano a contar da concessão da recuperação judicial, a tal credor, uma vez vencido este prazo, caberá mover a cobrança executiva contra o devedor em recuperação, instruindo o pedido de cobrança com o plano de recuperação, título executivo que o enseja.

A concessão da recuperação judicial é ato privativo do juiz, constituindo-se de

---

<sup>3</sup> O movimento “direito e economia” radica-se no utilitarismo de Jeremias Bentham, e mais recentemente no pragmatismo de Charles Sander Peirce, de William James e de John Dewey. Identifica-se como herdeiro conceitual do realismo jurídico norte-americano, podendo ser pensado a partir da tradição marxista, para a qual o direito reflete condições infraestruturais econômicas. O direito seria mecanismo para normatização da economia capitalista, com elementos de neutralidade e de objetividade. O movimento “direito e economia” prevê que o direito deve ser lido a partir de princípios de valor, de utilidade e eficiência, e deve se orientar para a maximização da riqueza.

dever dele de conceder o “benefício”. Tal dever existirá após verificado o cumprimento das exigências legais, e se, ainda, [a] o plano tiver sido aprovado pelos credores ou, se [b] objetado, lograr aprovação pela assembléia geral, ou ainda se [c] caso ratificado pela assembléia geral seja retificado por esta, com a expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem a diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes, nos termos do art. 56, § 3º.

Porém, ainda que o plano venha a ser rejeitado pela assembléia dos credores, o artigo 58, traz a possibilidade de concessão da recuperação judicial pelo juiz.

Na hipótese de sentença concessiva de Recuperação Judicial com base em plano que não obteve aprovação da assembléia geral dos credores, o juiz poderá conceder a recuperação judicial desde que, cumulativamente, [a] tenha sido obtido voto favorável de credores representando mais da metade de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; [b] – tenha sido obtida a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45, da Lei n. 11.101/2005 ou, em havendo somente duas classes de credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; [c] tenha sido obtido o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 mencionado, na classe que houver rejeitado o plano ( art. 58, § 1º → para evitar o abuso da minoria). Com isso, mesmo que a assembléia geral tenha deliberado não aprovar o plano de recuperação, *ex vi* do art. 45 da Lei falimentar/recuperacional, se qualquer das classes de credores rejeitá-lo, o juiz concederá a Recuperação Judicial se, na mesma assembléia geral, o plano de recuperação tiver obtido aprovação, cumulativamente, dos incisos I, II e III.

Para Fabio Ulhoa Coelho, se o plano foi aprovado pelo Comitê de Credores, tendo o quorum de deliberação estabelecido no art. 45, ele é informado ao juiz que, então, concederá a Recuperação Judicial. Se o plano não for aprovado, por outro lado, a rejeição é transmitida ao juiz, para que ele decrete a falência do requerente do benefício. A outra situação contemplada pela lei é a do plano aprovado por expressivo apoio dos credores, sem atingirem, porém, o quorum qualificado de deliberação. Trata-se do plano que, cumulativamente, tem o apoio das circunstâncias [a], [b] e [c] do art. 58. Nesse caso, se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado, ele pode ser adotado, mesmo sem o quorum qualificado para sua aprovação. A terceira possibilidade seria a rejeição de todos os planos apresentados, o que leva necessariamente à decretação da falência, pelo juiz.

Nesses três casos, o resultado será submetido ao juiz, para decisões judiciais distintas: no primeiro, o juiz homologa a aprovação do plano pelos credores; no segundo, ele terá discricionariedade para aprovar ou não o plano que quase alcançou o quorum qualificado; no terceiro, deve decretar a falência do requerente da recuperação judicial.<sup>4</sup> A utilização destes critérios é vedada, contudo, se implicar tratamento diferenciado para os credores da classe que houver rejeitado o plano (art. 58, § 2º).

De todo o comentado, vê-se que o plano há de ser submetido ao juiz em qualquer

<sup>4</sup> Coelho, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167.

caso – com o dever constitucional de fundamentar as suas decisões (Constituição Federal, art. 93, IX), ao conceder a recuperação deve sempre objetivar a manutenção da unidade produtiva e economicamente viável. Ao comentar decisão sobre plano de recuperação judicial, Waldo Fazzio Junior observou que “A homologação judicial do plano aprovado pelos credores não é peculiar a todos os sistemas jurídicos regentes da insolvência. Na maioria dos países, o referendo dos credores é suficiente, restando ao judiciário eventual revisão, quando provocado pela eventual impugnação de credores sobre seus interesses ou sobre a legalidade dos meios adotados para a aprovação.”<sup>5</sup>

O deferimento do pedido de recuperação determina o início da fase de execução do plano e o término da fase de processamento da recuperação judicial.

#### 4. SITUAÇÕES QUE ENSEJAM OBSERVAÇÃO NO ENFOQUE PRETENDIDO

Algumas situações devem ser aqui lembradas para ponderação da atuação dos credores e do juiz:

[a] créditos fiscais não estão sujeitos a recuperação judicial. O credor fiscal pode continuar com a execução fiscal, pedindo penhora de bens, ainda que a empresa esteja em processo de recuperação. Por isso é importante deixar clara a situação fiscal da empresa antes de iniciar a recuperação. Mas o fisco pode inviabilizar o plano de recuperação. O juiz Alexandre Lazzarini, quando titular da 1ª. Vara de Falências da Capital de São Paulo, deu a terceira decisão no Brasil, dispensando a Certidão Negativa de Débito para a empresa recuperanda, sem que isso signifique que a empresa esteja dispensada de pagar os tributos atrasados. A possibilidade de concessão da recuperação judicial, apesar da falta de apresentação das certidões de regularidade fiscal tem sido defendida, sob a invocação da preservação da empresa como o fim maior almejado.<sup>6</sup>

[b] a questão do crédito tributário – hoje, com a reforma tributaria, a União pretende perdoar todas as dívidas de até R\$10 mil. Não vale a pena cobrar esses débitos, acabou a inflexibilidade do crédito tributário.

[c] Considerando que as principais causas de falência são :

- má administração;
- falta de visão de mercado;
- maquinário desatualizado;

<sup>5</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 172.

<sup>6</sup> Cf. MARZAGÃO, Lidia Valéria. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.107. No entanto, a regra jurídica merece ser compreendida no contexto do espírito da nova Lei, que tem por finalidade proporcionar tratamento diferenciado às empresas que se encontram em estado de crise econômica-financeira transitória, além de criar condições reais para que elas possam superar as conjunturas adversas através de um processo de recuperação.

- logística ruim;
- custo muito elevado para produção;
- concorrência (empresas asiáticas entraram no mercado calçadista no sul e acabaram com as empresas nacionais lá).
- transporte é muito caro;
- pedágio é muito caro;
- as condições das estradas são péssimas;
- inexistência de infraestrutura portuária, fica a cargo do Poder Judiciário sopesar as condições determinantes da situação de crise da empresa e avaliá-la neste contexto.

[d] Se o juiz trabalhista determina o bloqueio do crédito por penhora *on line*, as consequências são terríveis: se a empresa está em recuperação, ela pára de funcionar !

[e] Em março de 2008, decisão do Min. Aldir Passarinho, do STJ<sup>7</sup>, no sentido de ser necessária a expressa identificação da pessoa responsável ao recebimento da intimação, sem o que não é possível prosperar o pedido de quebra, mantendo decisão do TJSP. No caso (pedido da Roche Produtos Químicos de quebra da empresa Immunoassay Produtos Diagnósticos) a autora pretendia que, diante da intimação por edital, fosse considerada realizada a intimação pessoal, pois nos termos da lei, a intimação por edital só é possível após a intimação pessoal.

[f] Os honorários de advogado devem ser considerados crédito alimentar, destarte crédito privilegiado na falência? Trata-se de discussão sobre o art. 100, § 1º, A, da Constituição Federal, acrescentado pela EC 30/2000 e sobre o art. 24 do Estatuto da Advocacia e da OAB, já havendo decisões do STF no sentido de considerar os honorários advocatícios com natureza alimentar, portanto privilegiado na falência.

[g] O início da contagem do prazo de um ano para pagamento dos créditos vencidos – art. 54 - a nova lei é omissa a respeito, mas certamente quis estabelecer, com esse prazo, que os créditos fossem vencidos e líquidos. Os créditos não vencidos, não se enquadram nas hipóteses do art. 54, podendo ser atingidos pelo disposto no art. 50, VIII. Assim, entende-se que o início da contagem do prazo para os créditos vencidos e líquidos deva ser posterior à data de aprovação do plano pela Assembléia Geral de Credores. Se, porém, for considerado que tal prazo se inicie da apresentação do plano de recuperação, isso não seria problema, pois somente beneficiaria os credores, sem prejudicá-los.

E quando tratar-se de créditos ilíquidos? O art. 6º, em seu parágrafo 1º, estabelece que as ações que tratem de quantia ilíquida não serão

<sup>7</sup> Recurso Especial n. 472.801 – SP.

suspensas. Assim, enquanto processa-se a recuperação judicial, esta ação correrá normalmente, podendo o juiz condutor da recuperação judicial determinar reserva de quantia estimada no plano de recuperação.

[h] A lei de falência atual volta-se muito para as grandes empresas, desprestigiando as micro e pequenas empresas, que representam 85% da economia. Segundo Andre Silva Spinola, em seu artigo *O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e à empresa de pequeno porte*, é imperativo que as empresas de pequeno porte e as microempresas tenham um tratamento tributário e creditício diferenciado, pois elas são responsáveis pelo grande impulso da economia nacional. Assim é que a Constituição Federal, no seu art. 170, inciso IX, exige tal tratamento favorecido, e no art. 179 determina aos entes federados que dispensem tratamento diferenciado a tais empresas, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Há, porém, quem veja no art. 48 da lei falimentar uma inconstitucionalidade – este artigo, nos seus cinco incisos, indica os requisitos para a concessão da recuperação judicial à empresa. No inciso IV, porém, indica o prazo de 8 (oito) anos para as MEs e EPPs não terem sido beneficiadas com a concessão de recuperação judicial. Para as demais empresas, este prazo é de 5 (cinco) anos (inciso III). Ora, exigir prazo maior para as MEs e EPPs não se coaduna com o tratamento diferenciado prescrito para tais modalidades empresárias.

## 5. A VALORIZAÇÃO DO COMITÊ DE CREDORES E O PAPEL DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Algumas questões são levantadas no confronto entre o poder decisório dos credores e a atuação do juiz no desempenho de sua função jurisdicional:

[a] Se um processo de recuperação judicial em andamento está indo bem, mas um credor pede a falência e apresenta requisitos jurídicos para decretá-la. O juiz pode negar o pedido de falência?

Entendemos que pode, com base no art. 47 da Lei de Falência, que fala na função social da empresa – com fulcro em tal dispositivo, o juiz pode rejeitar o pedido de falência; não há regras para isso, cada caso deve ser analisado para se verificar o que pode ser feito.

[b] Na nova cultura multidisciplinar que a lei atual exige, o juiz não deve adentrar o mérito da viabilidade econômica da empresa. Esse mérito deve ser analisado pelos credores. Ao juiz cabe verificar os requisitos da lei e o enquadramento da situação do devedor nestes

requisitos, inclusive a conveniência ou não desse enquadramento. Para tanto, necessário lembrar que o processo de recuperação judicial é multidisciplinar. O próprio cumprimento do artigo 47 requer um trabalho de equipe. Requer análise de vários aspectos da empresa – seu eixo principal consiste na utilização de técnicas de negociação aliadas ao exercício da atividade empresarial. Só que tem que aprender a negociar, trata-se de um método que requer capacitação, formação. A lei dá apenas as diretrizes para o encaminhamento de uma recuperação judicial – se a produção caiu, o empresário tem que verificar quais as causas disso e como pode alterar o esquema da empresa, visando a melhorar o faturamento da mesma. Só que isso não pode ser providenciado muito tarde, depois que perdeu a credibilidade dos credores, porque aí inviabiliza a chance de recuperação da empresa, e deixa de viabilizar a negociação.

Essa multidisciplinariedade da empresa representa uma mudança de mentalidade na forma de tratar empresas em dificuldades. Por exemplo, o credor acaba deixando de ser uma figura sem maior expressividade no sistema, como ocorria na concordata, muito embora ele pudesse pedir a falência da empresa. Hoje, com a lei de falência atual, o credor tem o poder de decidir o destino da empresa, na assembleia de credores – se ele tem visão de mercado, vai ver que a liquidação da empresa não é a melhor saída, não apenas para a própria empresa mas também para todo o mundo creditício, pelo que ele vai tentar fazer com que a empresa continue. Se esses credores forem os empregados, eles vão ver que manter a empresa pode significar manter a fonte de renda, o que para eles será melhor. Por exemplo, o credor com sensibilidade para a inviabilidade econômica do devedor em dificuldade, não vai ficar aumentando a inviabilidade continuando a dar crédito a esse devedor. Com tal atitude, o credor estará empurrando a situação insustentável do devedor para mais adiante, e isso vai acabar estourando para o juiz resolver, quando já não houver mais solução.

[c] A cultura do *“tenho que levar vantagem em tudo”* tem que acabar. A unilateralidade precisa ir dando lugar à solidariedade como meio de melhor sobrevivência do mercado e das células pulsantes de que ele precisa. De ser lembrado o *“efeito bumerangue”* que da atuação dos credores resulta – se eles atacarem, inviabilizando a manutenção da atividade empresarial ainda sadia, os efeitos se voltarão contra eles.

Uma grande ajuda para essa nova cultura acabou sendo dada pela nova lei, ao estabelecer o mínimo de 40 sal. min. para o pedido de falência, o que mostra que se começa a discutir a utilidade do processo. Antes, qualquer 1.000,00 justificavam o pedido. Nesse sentido devemos interpretar a novação - com contornos mais de negociação, ou de renegociação de débitos, visando solucioná-los ou viabilizar seu cumprimento.

[d] O novo instituto da recuperação judicial não reconhece a universalidade e indivisibilidade do juízo da recuperação judicial, prevalecendo os princípios gerais que disciplinam a competência das causas, afeitas às normas constitucionais, processuais e de organização judiciária estadual.

## 6. PONTOS DE CONCLUSÃO

Em suma, o juiz exerce rigoroso controle em todo o processo da recuperação judicial, desenvolvendo atividades jurisdicionais e administrativas, pois todas as decisões tomadas no curso do processo devem ser submetidas ao seu crivo, condutor da ação. Nomeia o administrador judicial desde o início, e decide todas as questões no curso do processo, desde a venda de bens da empresa ou do próprio estabelecimento, se assim restar decidido no plano, até o encerramento do processo.

O “ativismo judicial” se resume, no caso, a caber ao juiz adotar o princípio do razoável na condução do processo, extraindo das potencialidades plenas a proporcionalidade, que exige que o magistrado esteja atento à necessidade de ponderação de valores, interpretando e preenchendo os conceitos indeterminados contidos na norma, além de viabilizar a adoção do princípio da função social e o da boa-fé objetiva, estabelecidos nos art.s 421 e 422 do Código Civil.

A Lei da recuperação judicial adota a linha de maximização dos ativos da empresa, permitindo para isso a venda antecipada dos bens. E é nessa linha que o magistrado deve se ater, inclusive quando aplicando os princípios do devido processo legal substancial e da eficiência. A postura do magistrado deve levar hasteados não apenas os baluartes da reorganização empresarial e restabelecimento da ordem no mercado creditício, para tanto não se olvidando e sequer se distanciando dos princípios que inspiraram o Código Civil de 2002.

Ao contrário da antiga concordata, estereotipada pelo comodismo do credor e pela ausência de negociação, a recuperação judicial surgiu dando ao credor um desempenho mais ativo, e ao juiz um papel de supervisor e condutor dos procedimentos que cada caso requeira, considerando suas circunstâncias específicas e reais.

Ao Judiciário, de forma inegável, a nova disciplina jurídica que a recuperação judicial ensejou outorga a esse poder estatal a direção e controle de todo o procedimento de tentativa de reerguimento da empresa em crise, tanto do aspecto formal quanto substancial, fixando por intermédio dele, o ponto de equilíbrio entre os credores, as necessidades e potencialidades da empresa em si considerada e o mercado em que sua atuação se dá.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Aloísio e LUNDBERG, Eduardo. A nova legislação de falências: uma avaliação econômica. In: PAIVA, Luiz Fernando (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MAGALHÃES, J. Hamilton. *Direito falimentar brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARZAGÃO, Lídia Valéria. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas*. São Paulo : Quartier Latin, 2005.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, n. 119, 2002, p. 94-108.





# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA

---

*José Armando Ponte Dias Junior<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Identificando nas mulheres vítimas da violência doméstica, afetiva e familiar de gênero um grupo socialmente vulnerável, o Estado brasileiro, sob pressão internacional, fez nascer a Lei Maria da Penha. Referido diploma normativo aparece no contexto das ações afirmativas, e, estabelecendo discriminações positivas e compensatórias em prol das mulheres inseridas em cenário de violência motivada por questões de gênero, tem por desiderato assegurar uma efetiva igualdade material entre homens e mulheres, buscando coibir a violência doméstica contra as mulheres. É nesse sentido que o presente artigo abordará os aspectos sociais e constitucionais da Lei Maria da Penha.

## **Palavras-chave**

Igualdade. Lei Maria da Penha. Violência doméstica.

## **RÉSUMÉ**

En identifiant dans les femmes victimes de la violence domestique, affective et familiale de genre un groupe socialement vulnérable, l'État brésilien, sous pression internationale, a fait né la Loi Maria da Penha. Ce diplôme normatif apparaît dans le contexte des actions affirmatives, et, en établissant des discriminations positives et compensatoires dans l'intérêt des femmes insérées dans scénario de violence motivée par des questions de genre, il a par objectif assurer une vraie égalité matérielle entre les hommes et les femmes, en cherchant contrôler la violence domestique contre les femmes. C'est dans ce sens que cet article abordera les aspects sociaux et constitutionnels de la Loi Maria da Penha.

## **Mots-clé**

Égalité. Violence domestique.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte e Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: junior.arm@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O cenário constitucional brasileiro, já irreversivelmente marcado por referências à juridicidade dos princípios, à centralidade, à superioridade e à força normativa da Constituição, decerto que já não mais se coaduna com a faceta meramente formal do princípio da igualdade.

Ao revés, busca-se hodiernamente a efetivação de uma igualdade material, substantiva, entre os mais diversos grupos de pessoas, igualdade essa que possa assegurar a todos, não necessariamente um tratamento jurídico igual, mas um tratamento jurídico que, respeitando e considerando diferenças e peculiaridades sociais e culturais, assegure que todos possam ser tratados com igual dignidade, respeito e consideração.

Inseridas nesse contexto acham-se as ações afirmativas, que, por intermédio do estabelecimento pelo Estado de discriminações compensatórias, positivas ou promocionais, buscam resgatar a dignidade de grupos socialmente ou economicamente vulneráveis, contribuindo assim para a redução das desigualdades sociais, para a promoção do bem de todos e para a construção de uma sociedade mais justa, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil à luz do art. 3º da Carta de 1988.

Dentre esses grupos vulneráveis, a merecer tratamento promocional do Estado, encontram-se as mulheres vítimas da violência doméstica, afetiva e familiar de gênero.

A identificação de tal grupo vulnerável, somada aos crescentes casos de violência de gênero contra as mulheres, levou o Estado brasileiro, já experimentando pressão internacional, a fazer nascer a Lei n. 11.340/2006, criando mecanismos que visam à coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher, norma essa que adquiriu popularidade sob a alcunha de Lei Maria da Penha.

Acusada com alguma freqüência de ser inconstitucional, por afrontar o princípio da igualdade e ser discriminatória para com o homem, a Lei Maria da Penha, ao revés, elegendo fundamentos sérios e legítimos para justificar o tratamento diferenciado entre os gêneros nos casos de violência doméstica, constitui-se em uma razoável aposta do Estado na busca da erradicação da violência de gênero, doméstica e familiar, contra a mulher.

## 2. IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

O valor da igualdade ocupa uma posição nuclear no cenário dos direitos fundamentais de segunda geração, entendidos como aqueles cujo reconhecimento se foi operando em um segundo instante, a partir de um momento histórico em que “a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor

social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção”<sup>2</sup>, o que permite uma inferência no sentido da proximidade existente entre igualdade e justiça.

De fato, não se concebe a igualdade senão como instrumento de realização de justiça, de maneira que pensar em igualdade equivale a pensar em justiça<sup>3</sup>.

Nesse sentido, Francisco Meton Marques de Lima aponta a paz e a justiça como os valores mais perseguidos pelo direito, ao tempo em que afirma que “a igualdade e a liberdade interpõem-se como valores necessários para chegar-se àqueles”<sup>4</sup>.

Em um primeiro instante, contudo, pensar em igualdade e em justiça significou combater discriminações e abolir privilégios, a partir da consideração de que todos são iguais perante a lei, merecendo todos um igual tratamento.

A igualdade assim concebida, tida por formal, teve sua importância histórica, tendo mesmo sido “crucial para a abolição de privilégios”, como bem observa Flávia Piovesan<sup>5</sup>.

Tal concepção de igualdade, formal, a qual, como mostra Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>6</sup>, sempre foi versada, com maior ou menor amplitude, por todas as constituições brasileiras, encontrou na Constituição de 1988 mecanismos de correção de suas já evidentes limitações.

Com efeito, a concepção da igualdade sob um aspecto meramente formal, cujos contornos conceituais enquadravam-se no que Jorge Miranda<sup>7</sup> denomina de sentido primário ou negativo do princípio da igualdade, equivalendo à vedação de privilégios e de discriminações, já não se mostrava apta a promover os valores de justiça social constitucionalmente entronizados.

Ora, com a Constituição Cidadã, a redução das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos, objetivos fundamentais do Estado brasileiro nos termos do disposto no art. 3º da Constituição, não poderiam mais ficar a depender apenas da conformação a uma igualdade formal, estática e meramente negativa.

Urgia um redimensionamento da igualdade, aproximando tal princípio constitucional do sentido positivo a que se refere Jorge Miranda<sup>8</sup>, por meio do qual a

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 222.

<sup>4</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 29.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. *As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de Pesquisa. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005, p. 47.

<sup>6</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. Revista de Direito UPI. Brasília, v. 3, 2005, p. 9.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 237-239.

<sup>8</sup> Idem, p. 237-239.

igualdade diferencia-se da identidade, consistindo, ao revés, em dar tratamento jurídico igual a situações iguais e tratamento jurídico desigual a situações substancialmente e objetivamente desiguais, entendendo-se como tais as situações impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas, e não situações criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador, o que desde logo é imperioso deixar claro.

Tal sentido positivo do princípio da igualdade reconhece que a igualdade pressupõe diferenciações, resultando naquilo que Flávia Piovesan<sup>9</sup> denomina de direito fundamental à diferença.

Dessarte, malgrado um paradoxo meramente aparente que tal idéia possa suscitar, é inequívoco que o direito à igualdade e o direito à diferença são duas facetas de um mesmo fenômeno<sup>10</sup>.

Nesse sentido, também para Canotilho<sup>11</sup> a todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.

A construção de uma sociedade justa, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, portanto, mais que de uma igualdade formal, necessitam e exigem uma igualdade material, dinâmica, haja vista que, nas palavras de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>12</sup>, “não basta não discriminar”, sendo imperioso que a postura frente à igualdade seja, acima de tudo, afirmativa.

Para Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>13</sup>, aliás, essa idéia dinâmica da igualdade pode ser percebida a partir mesmo dos verbos de que se utiliza o texto constitucional em seu art. 3º, como construir, reduzir e promover<sup>14</sup>, os quais, denotando *ação*, evidenciam a “mudança de óptica” em rumo a uma igualização eficaz e dinâmica.

Se pensar em igualdade, pois, equivale a pensar em justiça, pensar em igualdade no contexto dinâmico e afirmativo da igualdade material equivale a reconhecer identidades, sendo a igualdade, nesse contexto, “orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade raça, etnia e demais critérios”.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005, p. 47.

<sup>10</sup> Entendemos, em razão disso, que, salvo com objetivos de reforço e de ênfase da idéia, não há que se falar em direito fundamental à diferença, porquanto, em realidade, é propriamente da igualdade material que se está tratando.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427-428.

<sup>12</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito UPIIS*. Brasília, v. 3, 2005, p. 12.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Estabelece o art. 3. da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 47.

Não se contenta mais a igualdade, pois, com uma postura estática diante de uma realidade existente, mas, ao revés, em um sentido positivo, como diz Jorge Miranda<sup>16</sup>, há a igualdade de tratar as situações não somente como existem, mas também como devem existir, fazendo-se da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei.

### 3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Embora seja tarefa atribuída a todos os que pretendem concretizar o texto constitucional, há que se realçar o papel do legislador na promoção da igualdade constitucional, pois é ao órgão legislativo que compete a importante tarefa de realização da igualdade por intermédio da norma legal.

Com efeito, a efetivação do princípio da igualdade impõe uma legislação infraconstitucional igualitária, na medida em que, segundo Jorge Miranda<sup>17</sup>, os primeiros destinatários do princípio constitucional da igualdade são precisamente os órgãos de criação do Direito.

Não é outro o entendimento de Pedro Rui da Fontoura Porto, apostando no “poder contrafático” da legislação:

O Direito, longe de ser um conseqüentário dos costumes de uma sociedade, pode ser um instrumento de transformação da realidade prenhe de desigualdades e injustiças. O Direito pode e deve transformar realidades iníquas, mas para tanto é preciso reconhecer que a norma legal não tem existência autônoma em face da realidade [...]. Para além de uma função conservadora, própria das sociedades antigas e imutáveis, o caráter plenamente dinâmico da civilização contemporânea impõe admitir-se plenamente este poder metamórfico do Direito.<sup>18</sup>

É nesse contexto, portanto, que cabe falar das ações afirmativas, expressão que, com razoável consenso doutrinário, presta-se a denominar, em termos amplos, as “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis”<sup>19</sup>.

Para Flávia Piovesan<sup>20</sup>, aliás, é por meio das ações afirmativas que se

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 240.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 241.

<sup>18</sup> PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei n. 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> *Idem*.

transita da igualdade formal para a igualdade material e substantiva, “com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade”, assegurando-se, portanto, a diversidade e a pluralidade social, e, em última análise, o próprio “projeto democrático”.

No contexto, portanto, da necessidade de ações afirmativas para a consecução de uma igualdade substantiva, acha-se o legislador autorizado a estabelecer discriminações positivas<sup>21</sup>, ou discriminações compensatórias, no dizer de Ronald Dworkin<sup>22</sup>, vale dizer, situações de vantagem fundadas, ou, em outros termos, desigualdades de direito em consequência de desigualdades de fato, tendentes exatamente à superação dessas desigualdades de fato, e por isso, em geral, de cunho temporário.<sup>23</sup>

Para Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>24</sup>, o fundamento normativo para a implementação de ações afirmativas reside no próprio dinamismo dos verbos de ação que integram o art. 3º da Constituição Federal, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil, de maneira que, ainda segundo Mello<sup>25</sup>, “o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado”.

No mais, não é difícil perceber que em vários momentos é a própria Constituição Federal que se faz de instrumento de ação afirmativa, ao tratar da proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e do percentual de cargos a serem reservados nos concursos públicos, por lei, a pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).

Com fundamento em tudo o que até aqui jaz exposto, é lícito concluir que, ao menos em tese, a previsão de discriminações positivas por meio de ações afirmativas de todos os matizes, não encontra obstáculo constitucional, ao revés, auxilia enormemente na realização da Constituição na medida em que concretiza eficazmente o princípio da igualdade em sua substância, ou seja, na medida em que faz valer o direito de ser tratado como igual, com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa, o que, cabe reforçar, nem sempre implica no direito ao igual tratamento, como explica Dworkin com pertinente exemplo:

Se tenho dois filhos, e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não demonstrarei igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento. Este exemplo mostra que o

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 343.

<sup>23</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>24</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito UPIS*. Brasília, v. 3, 2005, p. 12.

<sup>25</sup> Idem.

direito ao tratamento como igual é fundamental, e que o direito ao igual tratamento é derivado. Em algumas circunstâncias, o direito ao tratamento como igual implicará um direito a igual tratamento, mas certamente não em todas as circunstâncias.<sup>26</sup>

É importante, pois, que o Poder Público lance mão de ações afirmativas sempre que tais medidas se mostrarem necessárias à realização da igualdade positivada no art. 5º, *caput*, da Constituição, igualdade essa que, para que se possam realizar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, há necessariamente de transcender a mera igualdade formal.

Essa temática, aliás, é de fundamental importância no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, uma vez que “não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade”<sup>27</sup>, o que inevitavelmente faz remeter à advertência lançada por Konrad Hesse, de que “nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado”.<sup>28</sup>

É perigoso, pois, para toda a sociedade, e para a própria legitimidade e estabilidade do texto constitucional enquanto Constituição normativa, dar à igualdade um tratamento meramente formal, pretendendo reconhecer iguais em direitos e obrigações grupos sabidamente desiguais, sendo ainda inviável e igualmente perigoso buscar promover o bem de todos ou construir uma sociedade justa sem atentar para macroscópicas e históricas dívidas sociais.

É escopo constitucional, pois, o resgate de dívidas sociais históricas, o que, para Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, “é um ônus da sociedade como um grande todo”.<sup>29</sup>

#### 4. CONSTITUCIONALIDADE DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA EM FACE DO GÊNERO NO BRASIL

Havendo a igualdade material de ser efetivamente concretizada mediante o reconhecimento das diferenças, passa a ser exigido do Estado a adoção de uma postura dinâmica visando ao alcance da igualdade material por parte de “grupos vulneráveis”, no dizer de Flávia Piovesan<sup>30</sup>, vale dizer, por parte de grupos que apenas artificialmente são vistos como iguais aos demais grupos, sob uma igualização formal que não leva em conta “um passado de discriminação”<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. *Op. cit.*, p. 350.

<sup>27</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 27.

<sup>29</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>31</sup> *Idem*.

Para com os grupos vulneráveis toda a sociedade possui um débito cujo resgate é uma exigência do Estado democrático, que tem por desiderato a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, justiça essa que não se consegue senão pela promoção da igualdade substantiva, mesmo porque, e aqui novamente nas palavras de Jorge Miranda<sup>32</sup>, pensar em igualdade equivale a pensar em justiça.

A tarefa de promoção da igualdade, portanto, principia pela identificação desses grupos vulneráveis cujo direito à igualdade se pretende viabilizar, processo esse que há de partir do reconhecimento das diferenças no campo fático que fazem por exigir tratamento jurídico também diferenciado.

Flávia Piovesan<sup>33</sup>, de modo expresso, inclui as mulheres dentre esses grupos vulneráveis que fazem por merecer políticas compensatórias por parte do Poder Público a fim de que sejam incluídas no espaço social do qual historicamente têm sido afastadas.

No mesmo sentido é a posição de Pedro Rui da Fontoura Porto, para quem, sob ângulo sociológico, “não há, substancialmente, uma igualdade entre homens e mulheres”, sendo mesmo essa desigualdade cotidiana um componente da secular realidade cultural brasileira, a exigir do Direito uma tarefa metamórfica<sup>34</sup>.

Há que se perceber, do que até aqui jaz exposto, que a noção de grupo vulnerável guarda sempre relação com aspectos como cultura e tradição histórica, o que auxilia na identificação dos grupos vulneráveis como aqueles que, por cultura e tradição histórica, sempre foram afastados dos espaços sociais deliberativos, ou, em termos mais precisos, aqueles a quem historicamente se tem negado plena cidadania.

Em um “país ainda machista”, na expressão de João José Leal<sup>35</sup>, não são poucos, portanto, os que enxergam nas mulheres, com acerto, um grupo vulnerável a merecer tratamento jurídico promocional.

Faz-se necessário, todavia, observar que as mulheres formam um grupo vulnerável não exatamente em face do sexo feminino que ostentam desde o nascimento, e que se acha documentado nos catálogos de registro civil, mas sim, em face do gênero ao qual pertencem, o que impõe pertinente diferenciação entre sexo e gênero.

Segundo Maria Luiza Heilborn<sup>36</sup>, gênero é um conceito que se extrai das ciências sociais e que guarda referência com a construção social do sexo, de maneira

---

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 222.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>34</sup> PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>35</sup> LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei n. 11.340/2006. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>36</sup> Apud SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

que “o comportamento esperado de uma pessoa de um determinado sexo é produto das convenções sociais acerca do gênero em um contexto social específico”.

Relaciona-se o gênero, portanto, com a atribuição histórica e cultural de papéis sociais diferentes para os indivíduos de sexo masculino e de sexo feminino, papéis esses que, segundo Edison Miguel da Silva Junior, apontam “para o exercício e presença da dominação masculina”<sup>37</sup>.

Para Maria Berenice Dias, a dominação masculina decorre “da desigualdade no exercício do poder, que leva a uma relação de dominante e dominado”<sup>38</sup> e que se explica precisamente pelo gênero, vale dizer, pela construção social tradicional e cultural dos papéis de cada um dos sexos, papéis esses que a autora expõe com assaz nitidez:

A ideologia patriarcal ainda subsiste. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina, e, principalmente, de sua dominação pelos homens, que se vêem como superiores e mais fortes. O homem se tem como proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. A sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem da superioridade do sexo que é respeitado por sua virilidade. Afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade. Desde o nascimento é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo para casa, não ser ‘mulherzinha’.<sup>39</sup>

Maria Berenice Dias, todavia, vai além da constatação do caráter patriarcal de nossa sociedade, e consegue identificar com muita precisão a gênese da violência doméstica e familiar contra a mulher na tentativa do homem de compensar eventuais falhas femininas no cumprimento dos papéis culturalmente reservados ao seu gênero<sup>40</sup>.

Em outras palavras, a emancipação feminina decorrente de causas as mais variadas<sup>41</sup>, ocupando a mulher, paulatinamente, o espaço público tradicionalmente reservado ao homem, vem representando uma desconstituição de parâmetros sociais arraigados na cultura brasileira, machista e patriarcal, propiciando, nas palavras de Maria Berenice Dias, “terreno fértil para conflitos”<sup>42</sup>, em que o homem, necessitando manter seu controle sobre a mulher, busca destruir sua auto-estima, isolando-a, de início, do meio exterior, para, depois, seguindo um ciclo de violência perverso, instituir

<sup>37</sup> SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006, p. 2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>41</sup> Maria Berenice Dias (2007, p. 17) elenca, dentre as causas da emancipação feminina, a descoberta de métodos contraceptivos, as lutas emancipatórias dos movimentos feministas e a a integração da mulher ao mercado de trabalho.

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 17.

castigos e punições, surgindo o abuso psicológico e ameaças, que logo abrem espaço para a violência física<sup>43</sup>.

Mostra-se razoável, portanto, a constatação de que há uma dívida histórica a ser resgatada por toda a sociedade para com o gênero feminino, resgate esse que é essencial para que a igualdade material entre homens e mulheres acompanhe os passos da igualdade formal já consagrada em nossa Constituição, o que serve de justificação para ações afirmativas na busca dessa igualdade de gênero, medidas essas que, em última análise, trariam benefícios para toda a comunidade<sup>44</sup>.

É constitucional, portanto, ao menos em tese, a discriminação positiva procedida pela legislação que tenha por desiderato a promoção da igualdade material de gênero, pois isso corresponde à concretização do princípio da igualdade, e, como lembra Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, “toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucional”<sup>45</sup>.

## 5. A LEI MARIA DA PENHA

Andou muito bem Maria Berenice Dias quando vislumbrou que a gênese da violência doméstica e familiar contra a mulher encontra relação próxima com a tentativa do homem de compensar eventuais falhas femininas no cumprimento dos papéis culturalmente reservados ao seu gênero.

De fato, não tivesse a generalizada violência doméstica e familiar contra a mulher, em regra, motivação relacionada ao gênero, o qual, como já se viu, correspondendo à construção social e cultural dos sexos, estabelece no espaço privado e nas relações familiares uma relação de verdadeira dominação masculina, seria difícil encontrar justificativa para o fato de que um quarto das mulheres agredidas no Brasil não tenham contado a ninguém acerca da violência sofrida e quase dois terços das mulheres agredidas no ambiente doméstico não tenham deixado o lar nem por uma noite<sup>46</sup>, devendo-se ainda levar em consideração que, do conjunto de mulheres que já sofreram violência

---

<sup>43</sup> Idem, p. 18-20.

<sup>44</sup> Para Ronald Dworkin (2002, p. 357-358), há dois sentidos distintos em que se pode afirmar que uma comunidade está melhor como um todo, quais sejam, um sentido utilitarista, em que se constata que o nível médio ou coletivo do bem estar comunitário aumentou, sentido esse que importa em tormentosa aferição, e um sentido ideal, significando que a comunidade está melhor como um todo porque está mais justa ou, de algum modo, mais próxima de uma sociedade ideal, quer o bem estar médio seja ou não aumentado. É bastante razoável, portanto, que se entenda que uma sociedade em que homens e mulheres compartilhem por igual dos centros de poder e dos espaços deliberativos, públicos e privados, aproxima-se mais de uma sociedade ideal do que uma sociedade estruturada de forma patriarcal, o que nos leva a concluir que uma igualdade substancial de gênero angariaria benefícios para toda a comunidade, fato esse que também se presta a justificar discriminações compensatórias em prol do gênero feminino.

<sup>45</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>46</sup> As informações são trazidas por Edison Miguel da Silva Junior (2006, p. 2), tomando por base dados da Organização Mundial de Saúde, veiculados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2006.

doméstica, em quase dois terços das vezes o agressor foi o marido ou o companheiro, sendo que metade delas foram agredidas por quatro ou mais vezes<sup>47</sup>.

Em outras palavras, isso significa que, diferentemente das demais modalidades de violência, na que se relaciona ao gênero, ligada que está a relações de poder dentro do ambiente de laços familiares ou afetivos, a mulher, posta amiúde em uma situação de submissão ao homem, e tendo em seu marido, companheiro, namorado, ou mesmo no pai ou em irmão seus algozes, silencia na maioria das vezes, acomodando-se, resignando-se, o que torna o espaço privado do lar um ambiente continuamente medonho, situação que impõe intervenção afirmativa estatal.

A violência doméstica e familiar contra a mulher, no Brasil, pois, é já questão endêmica, e a banalização que tradicionalmente se emprestou ao fato “levou à invisibilidade do crime de maior incidência no país e o único que tem perverso efeito multiplicador”, na medida em que suas seqüelas “comprometem todos os membros da entidade familiar, principalmente crianças”<sup>48</sup>.

É, pois, sob tal cenário, que surge a Lei Federal n. 11.340/2006, apelidada de maneira geral de Lei Maria da Penha, norma essa que carrega o propósito afirmativo, compensatório e promocional de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

É importante observar que referida norma legal, em seu preâmbulo, faz expressa e não usual referência à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>49</sup> e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher<sup>50</sup>.

Tais convenções representam tratados internacionais já devidamente ratificados pelo Brasil, sendo que, pela primeira, se prevê a possibilidade de ações afirmativas como forma de eliminar discriminações contra a mulher, e, pela segunda, restou claramente conceituado como violência contra a mulher, a ser prevenida, punida e erradicada, “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no ambiente público como no privado” (art. 1º).

O preâmbulo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aliás, deixa nítido seu propósito promocional de efetivar uma igualdade material, fática, entre homens e mulheres, com a referência expressa de que “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

<sup>47</sup> Também aqui as informações são trazidas por Edison Miguel da Silva Junior (2006, p. 3), desta feita tomando por base dados referentes ao ano de 2003 constantes de Relatório de Pesquisa do Senado Federal.

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>49</sup> Convenção inicialmente ratificada com reservas pelo Brasil, mas que acabou sendo aprovada na íntegra pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 26/1994 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 4.377/2002.

<sup>50</sup> Convenção aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 107/95 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 1973/96.

Para Maria Berenice Dias<sup>51</sup>, a referência pouco usual que a Lei n. 11.340/2006 faz a tratados internacionais é resultado de uma recomendação da Organização dos Estados Americanos decorrente da condenação imposta ao Brasil precisamente em virtude do caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, cujo nome apelidou o diploma legal<sup>52</sup>.

Em síntese, a Lei Maria da Penha é uma legislação que, a par de um caráter repressivo, ostenta cunho essencialmente preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir com maior eficiência a violência contra a mulher, amparando-a quando se encontra em um contexto de violência doméstica e familiar.

Dentre tais mecanismos destacam-se as políticas públicas de prevenção à violência doméstica (art. 8º), os procedimentos policiais diferenciados, com a representação da autoridade policial em prol da aplicação judicial de medidas protetivas de urgência (art. 12 e art. 22), como, por exemplo, o afastamento do agressor do lar e a proibição de aproximação do agressor em relação à ofendida, ademais da instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 14), com atendimento multidisciplinar (art. 29), da proibição de aplicação de penas restritivas de direito de natureza pecuniária (art. 17), da possibilidade de prisão preventiva do agressor (art. 20), além da não aplicação da Lei dos Juizados Especiais (art. 41), dentre outras medidas.

É importante frisar que a Lei Maria da Penha não criou qualquer tipo penal novo, salvo uma modalidade específica de lesão corporal baseada no gênero com pena variando de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção (art. 44).

Em todos os demais casos, a lei remete aos tipos penais comuns, acrescentando-lhes, porém, elementos especiais como a conduta baseada no gênero e a relação de afetividade, o que os tornam “crimes remetidos”<sup>53</sup>, a serem

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>52</sup> A farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, após sofrer inúmeras agressões, acabou sendo vítima de duas tentativas de homicídio praticadas por seu marido, tendo, em face disso, ficado paraplégica. Embora as investigações tenham começado em 1983, tendo a denúncia sido oferecida em 1984, o réu respondeu a todo o processo em liberdade, e somente 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses após os fatos, em 2002, é que o mesmo foi preso, e embora tendo sido condenado a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ficou efetivamente preso por apenas 2 (dois) anos (DIAS, 2007, p. 13). O caso, todavia, ganhou repercussão internacional e chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos por meio de denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher. Em relatório sobre o caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA apontou que a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostram a falta de cumprimento do compromisso aceito pelo Brasil em tratados internacionais de reagir adequadamente ante a violência doméstica. A Comissão, por fim, recomendou ao Brasil uma reparação pronta e efetiva da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância estatal em face da violência doméstica contra as mulheres (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)* comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 12-14).

<sup>53</sup> SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica

apurados mediante procedimento diferenciado a ter curso nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Faz-se pertinente, contudo, observar quem nem todo ato violento contra a mulher há de se subsumir aos ditames da Lei *Maria da Penha*, mas tão somente aqueles que sejam baseados no gênero, como expressamente estabelece o art. 5º, da Lei n. 11.340/2006<sup>54</sup>, *in verbis*:

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual."

Com efeito, o enunciado do art. 5º da Lei Maria da Penha define quando crimes comuns passam a ser considerados crimes de gênero, a exigir tratamento jurídico diferenciado, o que somente ocorre quando o ato de violência revele uma manifestação do patriarcado, no dizer de Edison Miguel da Silva Junior<sup>55</sup>, ademais de ter ocorrido no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Tal caracterização dos crimes de gênero é bastante importante, e muitas vezes é objeto de imprecisões doutrinárias.

Maria Berenice Dias, por exemplo, quanto à violência física contra a mulher praticada no âmbito da unidade doméstica, da família ou em relação íntima de afeto, diz que “não só a lesão dolosa [mas] também a lesão culposa constitui violência física, pois nenhuma distinção é feita pela lei sobre a intenção do agressor”<sup>56</sup>.

De fato, a lei, em seu art. 7º, I, estabelece que a violência física contra a mulher “é entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”, dispositivo esse que, contudo, há de ser necessariamente interpretado em cotejo com o enunciado do art. 5º, *caput*, da Lei Maria da Penha, o qual, como já se viu, dispõe que

---

e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006, p. 3. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>. Acesso em: 01 abr. 2008.

<sup>54</sup> O enunciado normativo do art. 5º, *caput*, da Lei *Maria da Penha* reproduz, quase com as mesmas palavras, o texto do art. 1º da *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*.

<sup>55</sup> SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>56</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 47.

somente configura violência doméstica ou familiar contra a mulher a conduta baseada no gênero, noção esta inteiramente incompatível com o conceito de crime culposos, em que o agente nem quer o resultado nem assume o risco de sua ocorrência.

Incorre em equívoco, portanto, Maria Berenice Dias, quanto a tal aspecto, de maneira que nenhuma justificativa razoável há para que uma lesão corporal culposa praticada contra mulher seja albergada pela Lei Maria da Penha, cuja constitucionalidade está intrinsecamente relacionada à questão do gênero, noção que, por ser incompatível com a noção de crime culposos, impõe que se dê ao art. 7º, I, da Lei Maria da Penha, interpretação conforme a Constituição, reconhecendo-se que somente a violência física praticada contra a mulher mediante conduta dolosa pode dar ensejo à prática de violência doméstica e familiar contra a mulher; desde, é claro, que a conduta tenha por base o gênero e ocorra no âmbito da unidade doméstica, familiar ou das relações íntimas de afeto.

Muitas das pretensas inconstitucionalidades com alguma frequência apontadas em relação à Lei Maria da Penha, aliás, fundamentam-se em casuísmos construídos de maneira desatenta para com a necessária relação de gênero que se acha por trás de toda situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

## 6. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Em tópico anterior já se falou da constitucionalidade das discriminações positivas de gênero no Brasil, as quais encontram suporte na desigualdade material que ainda colore as relações de gênero em nosso país, desigualdade essa que é responsável pela inserção das mulheres dentre os grupos vulneráveis e que autoriza a intervenção estatal por meio de ações afirmativas que visem a promover um tratamento à mulher que a ponha em situação de dignidade social igual a do homem, mormente no que diz respeito às relações de poder no âmbito das relações afetivas, domésticas e familiares.

Para conferir à mulher essa igual dignidade, não há que se lhe dispensar tratamento jurídico igual ao dispensado ao homem, fazendo-se mister, ao revés, que se lhe propicie tratamento jurídico compensatório, promocional, o que, para Ronald Dworkin, é perfeitamente possível, na medida em que o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), vale dizer, o direito a ser tratado com igual dignidade, respeito e consideração, nem sempre importará em um direito a igual tratamento (*equal treatment*)<sup>57</sup>.

Faz-se imperioso, pois, tratamento jurídico diferenciado sempre que diferenciadas forem as situações fáticas dos grupos que se pretendem igualar sob o aspecto substantivo, material.

---

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 350.

Mas a desigualdade fática a justificar distintos tratamentos jurídicos não há de repousar sobre um aspecto qualquer de menor relevância, devendo, ao revés, estar ancorada sobre fundamentos sérios e legítimos.

Na trilha de tal raciocínio é que Jorge Miranda, analisando dados da jurisprudência constitucional portuguesa, elenca algumas premissas que devem ser consideradas quando da aferição da constitucionalidade de discriminações positivas.

Dentre elas merecem destaque a premissa de que há que se distinguir quais os elementos de semelhança que ostentam importância suficiente para fazer com que duas situações semelhantes mereçam o mesmo tratamento jurídico, a premissa de que as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais não de se justificar, no mínimo, por qualquer fundamento material ou razão de ser que não se apresente arbitrária (que seja razoável), de maneira que as discriminações infundadas ou arbitrárias são ilícitas, a premissa de que o princípio da igualdade não só autoriza como pode exigir desigualdades de tratamento, sempre que, por motivo de situações diversas, um tratamento igual conduzi-se a resultados desiguais, e, por derradeiro, a premissa de que os fatores materiais determinantes de um tratamento normativo desigual devem comportar, designadamente, uma justificação que busque suporte na consonância entre os critérios adaptados pelo legislador e os objetivos da lei, por um lado, e entre estes e os fins cuja prossecução o texto constitucional comete ao Estado, por outro<sup>58</sup>.

Não é outro o entendimento de Canotilho, para quem as discriminações positivas, propiciadoras de uma igualdade justa, se devem sustentar em um sentido legítimo e um fundamento sério, devendo estabelecer diferenciações jurídicas razoáveis, sendo imprescindível uma análise do peso, da natureza, dos fundamentos e dos motivos justificadores de soluções diferenciadas<sup>59</sup>.

Ora, por tudo o que já se falou acerca da construção social e cultural dos papéis de cada um dos sexos em nosso país, ou, em outras palavras, por tudo o que já se falou acerca do gênero, e restando certo que a violência doméstica e familiar contra a mulher, no Brasil, tem gênese em supostas falhas da mulher no cumprimento dos papéis sociais atribuídos culturalmente ao sexo feminino<sup>60</sup>, impõe-se a conclusão de que o fator de desigualdade material que a Lei Maria da Penha elegera como justificativa para seu caráter promocional da dignidade do gênero feminino mostra-se sério e legítimo.

Para tanto, há que se ter sempre em consideração que não é qualquer ato de violência contra a mulher praticado no âmbito doméstico e familiar que dá ensejo ao tratamento jurídico compensatório, mas apenas aquelas condutas que tiverem por motivação as tensões referentes às questões de gênero, quer seus autores sejam homens

<sup>58</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 249-254.

<sup>59</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 428.

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 17.

ou mulheres, de maneira que somente assim fica resguardada a constitucionalidade da Lei *Maria da Penha* no tocante ao respeito ao princípio constitucional da igualdade.

Vários exemplos, pois, podem ser mencionados no tocante a atos de violência contra a mulher que não se traduzem, contudo, em crimes de gênero, tais como um atropelamento acidental que causa lesões em mulher, lesões corporais causadas por uma irmã em outra em razão de uma disputa por um vestido, o homicídio praticado pelo marido contra a mulher, como queima de arquivo, em virtude de ela haver descoberto documentos que o poderiam incriminar, ou ainda excessos disciplinares praticados pelo pai contra uma filha em razão, por exemplo, de sua desídia para com os estudos.

Em todos esses casos os delitos, *a priori*, não guardam o traço característico do patriarcado, havendo tido outra motivação não relacionada às questões culturais e sociais de gênero, de modo que tais condutas continuam a ser condutas delituosas, mas haverão de se subsumir aos ditames da legislação comum.

No mesmo sentido, emerge evidente que se um filho, por exemplo, agride fisicamente o pai e a mãe, simultaneamente, até conseguir deles dinheiro para comprar droga, nenhuma de tais agressões será apurada pelos ditames da Lei *Maria da Penha*, haja vista que a motivação de tais delitos não se deu em face do gênero.

Casos bem diversos, porém, seriam as hipóteses em que um pai, ou mesmo uma mãe, lesionasse gravemente uma filha adolescente por descobrir que a mesma estava namorando, ou a hipótese do marido que agredisse a mulher em face dos trajes que a mesma estivesse usando, ou o caso de um namorado que mata a namorada porque a teria visto conversando na rua com um ex-namorado ou com um amigo, ou ainda o caso do marido que agride a mulher que se vem mostrando arredia à prática de relações sexuais.

Em casos de tal naipe, revela-se assaz nítida a motivação relacionada aos papéis socialmente atribuídos aos sexos, daí porque constituem crimes de gênero, a atrair a aplicação da Lei *Maria da Penha*.

Costuma-se ainda reputar a Lei *Maria da Penha* de norma inconstitucional ao argumento de que há homens que, assim como muitas mulheres, também são vítimas da violência doméstica, devendo, portanto, receber tratamento jurídico igual.

De fato, é certo e não se ignora que homens há que sofrem violência doméstica por parte de mulheres. Todavia, como deixa claro Maria Berenice Dias, existe em tais hipóteses um importante diferencial, na medida em que, em casos tais, “ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural”<sup>61</sup>.

Por fim, há ainda argumentos no sentido de que a Lei *Maria da Penha* põe o homem em uma situação de desvantagem perante a mulher, transformando o homem, nas palavras de Valter Foleto Santin, “num cidadão de segunda categoria em relação

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 56.

ao sistema de proteção contra a violência doméstica”<sup>62</sup>.

Sucedem que em instante algum se questiona que a situação do homem perante a mulher no contexto da violência doméstica passa a ser de desvantagem, ocasionando-lhe, de todo modo, alguma perda.

Contudo, dois pontos aqui merecem ser enfatizados, em derradeiro arremate.

Por primeiro, não é a Lei Maria da Penha que transforma o homem em cidadão de segunda categoria, mas sim o próprio homem, na medida em que se distingue dolosamente dos cidadãos de bem ao tomar o rumo do crime.

Com efeito, para o homem que pauta sua vida na mansuetude, na honestidade e na retidão de caráter em nada lhe é prejudicial a Lei Maria da Penha.

Em segundo lugar, como enfatiza Ronald Dworkin, é certo que o direito de um indivíduo de ser tratado como igual pode ocasionar perda, a qual há de ser considerada, “mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da comunidade como um todo”<sup>63</sup>.

Pelo fundamento sério e legítimo do critério justificador do tratamento promocional que elegeu, é razoável a inferência de que a comunidade brasileira, tomada como um todo, estará idealmente melhor com a efetiva aplicação da Lei *Maria da Penha*, na medida em que se aproximará um pouco mais do modelo de uma sociedade ideal e justa.

Não se trata, pois, de um argumento utilitarista, mas sim de um argumento de ideal, o qual, para Ronald Dworkin, baseia-se “no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade”<sup>64</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se dissociam os aspectos sociais dos aspectos constitucionais da Lei Maria da Penha.

Com efeito, a constitucionalidade do referido diploma normativo no tocante ao respeito ao princípio da igualdade está umbilicalmente relacionada à questão da construção social e cultural dos papéis de cada um dos sexos, que, no Brasil, aponta para uma relação desigual de poder entre homens e mulheres no âmbito das relações domésticas, familiares e afetivas, desigualdade essa que em nosso país tem contribuído sobremaneira para os alarmantes índices de violência contra a mulher.

<sup>62</sup> Apud CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 351.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 368.

Nesse contexto, é obrigação do Estado lançar mão de ações afirmativas, compensatórias e promocionais em rumo a uma igualdade de fato entre homens e mulheres.

Referida igualdade, no sentido aqui mostrado, não implica na transformação de mulheres em homens ou de homens em mulheres, nem no não reconhecimento de que ambos os sexos ostentam suas próprias peculiaridades físicas e psíquicas pelas quais salutarmente se diferenciam. Absolutamente.

A igualdade almejada pelo Estado em prol da qual a Lei Maria da Penha se apresenta como um importante instrumento é, sim, uma igualdade em dignidade, em respeito e em consideração, que não se pode coadunar com a prática cada vez mais disseminada de atos de violência praticados contra a mulher no âmbito afetivo, doméstico e familiar pelo simples motivo de ser mulher, em uma sociedade que construiu e herdou uma cultura em que ser mulher significa sujeitar-se sempre ao poderio físico, social e econômico do homem.

A igualdade material, substantiva, real, entre os gêneros, no tocante às relações domésticas, afetivas e familiares, é, pois, imperativo de justiça e paz social, imprescindível, portanto, à promoção do bem de todos e à construção de uma sociedade solidária.

E, como aponta Francisco Meton Marques de Lima, a justiça, ao lado da paz, são os valores mais perseguidos pelo direito, interpondo-se a igualdade, ao lado da liberdade, “como valores necessários para se chegar àqueles”<sup>65</sup>.

Se a Lei Maria da Penha vai ou não conseguir reduzir efetivamente os números da violência doméstica e familiar de gênero contra a mulher é coisa que somente o tempo dirá, não se podendo ainda saber ao certo, de modo que qualquer previsão atual mais objetiva nesse tocante não passará de aposta e especulação.

Mas, sendo justa a causa, e servindo a uma política adequada, é válida a aposta.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

---

<sup>65</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 29

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEAL, João José. Violência doméstica contra a mulher: breves comentários à Lei n. 11.340/2006. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1214, 28 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9096>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

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

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito UPIS*. Brasília, v. 3, 2005. p. 9-19.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – direitos fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, jan./abr. 2005. p. 43-55.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei n. 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 01 abr. 2008.





# JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS A PARTIR DE SEU PERFIL CONSTITUCIONAL

---

*Juvêncio Vasconcelos Viana*<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho aborda os Juizados Especiais Cíveis segundo suas notas principais inseridas no texto da Constituição Brasileira.

## **Palavras-chave**

Constitucional. Processual. Juizados Especiais.

## **ABSTRACT**

This article analyse the Small Claims Court in accordance with principals notes of Brazilian Constitution.

## **Keywords**

Constitutional. Procedure. Small claim courts.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho insere-se no contexto do chamado “acesso à justiça”. Observe-se que, quando falamos de “acesso a justiça”, não estamos nos restringindo a um estudo puramente formal do poder de ação (seus elementos, condições etc.), mas sim aludindo a uma análise crítica e a uma preocupação com os obstáculos (reais, concretos) que se colocam diante do cidadão até a obtenção (por esse) de uma prestação jurisdicional de qualidade, acima de tudo, pronta e efetiva.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito UFC. Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Advogado. E-mail: juviana@secrel.com.br

São muitos obstáculos, os quais vão desde os de natureza puramente econômica ou material até outros de ordem cultural e intelectual. O próprio “modo de ser do processo”, solene, carregado de formalidades, coloca-se como ameaça séria àquele *processo de resultados* que tanto se deseja.

Tomada a consciência de tais obstáculos, começam a vir as “respostas” - no plano do direito positivo, inclusive - em relação àqueles.

Visando, exatamente, vencer ditos obstáculos econômicos (v.g., custas e despesas processuais elevadas) e outros ligados à própria formação e desenvolvimento solene do processo, bem como superar o problema da chamada “litigiosidade contida”,<sup>2</sup> o ordenamento jurídico brasileiro previu, de início, ainda na década de oitenta, os denominados Juizados de Pequenas Causas, introduzidos pela Lei 7.244, de 7.11.1984.

A experiência com esses Juizados, em vários estados da Federação,<sup>3</sup> foi bastante positiva, fazendo com que o Constituinte de 1988, os trouxesse para âmbito da Lei Maior (art. 98, inc. I, Constituição).<sup>4</sup>

Ali, já ampliando o conceito do instituto, fez-se a menção à criação de Juizados não apenas Cíveis, mas também Criminais, voltados os últimos às infrações penais de menor potencial ofensivo. Embora não nos voltemos ao estudo desses em nosso trabalho, de qualquer sorte, é impossível não deixar de registrar o grande avanço que os mesmos trouxeram para sistema, com a introdução de medidas autocompositivas no território da jurisdição penal (*v. infra*).

No mais, especificamente quanto ao nosso tema, é de se ver que a Constituição traçou algumas balizas e características fundamentais, quais sejam:

- a) previsão de juízes togados e leigos, para esses Juizados;
- b) cuidar da conciliação, julgamento e execução de determinadas causas;
- c) serem competentes para as chamadas “causas cíveis de menor complexidade”;
- d) empregar procedimento oral e sumaríssimo;
- e) julgamento de recursos por turmas de juízes primeiro grau.

Outro ponto relevante foi que a Constituição Federal levou-nos a uma

<sup>2</sup> Expressão de certa preferência de Kazuo Watanabe.

<sup>3</sup> Mas nem todas as unidades da federação, àquela época, valiam-se de tais Juizados, vale recordar.

<sup>4</sup> No plano infraconstitucional, os *Juizados Especiais* (Cíveis e Criminais) foram disciplinados através da Lei 9.099, de 26.9.1995.

situação de obrigatoriedade quanto a implementação desses Juizados nas Justiças dos Estados.

Isso porque, vale recordar, a antiga Lei das Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84, art. 1º.), apenas autorizara ao Poder Público a criação dos Juizados de Pequenas Causas, gerando uma facultatividade instituidora daqueles para Estados, Distrito Federal e Territórios.

A Lei Maior e, depois, a Lei 9.099/95 (LJE), ao contrário, foram impositivas, assinando, inclusive, no caso da lei federal, um prazo (06 meses) para a criação e instalação daqueles Juizados Especiais (vide arts. 93 a 95, LJE).<sup>5</sup>

Inclusive, enquanto não eram implementados aqueles órgãos, vários Tribunais da nação, por resolução, determinavam que Varas Cíveis comuns assumissem cumulativamente a competência e o procedimento para conhecer e julgar das “causas cíveis de menor complexidade”,<sup>6</sup> conceito que então entrava no lugar do de “pequenas causas”.

A União, inicialmente, criaria Juizados apenas no Distrito Federal e Territórios, cujas Justiças lhes cabe organizar.

Contudo, o modelo de processo dos juizados “pegou” e houve a opção de criação dos Juizados Especiais Federais, através, primeiro, de uma reforma constitucional (EC n. 22, de 18-3-1999, que introduziu um parágrafo único no art. 98 Const.), segundo, mediante uma lei federal regulamentadora da matéria (Lei n. 10.259/2001),<sup>7</sup> superando-se, assim, conhecido dogma do processo dos Juizados, qual seja, o da não participação de pessoa jurídica de direito público interno, ali, como parte.

O texto constitucional, ainda vale o registro, referiu-se ao fenômeno dos *juizados* em mais de uma oportunidade. Dois dispositivos da lei maior adotavam terminologias similares: o art. 24, inc. X, aludia a “pequenas causas”; o art. 98, inc. I, reportava-se a “juizados especiais”. Chegou-se mesmo, no início, a semear a dúvida se estávamos ou não cogitando de dois “juizados”.

De qualquer sorte, já àquela época, a doutrina procurava apontar a identidade entre ambos,<sup>8</sup> e, no final, a própria legislação federal (Lei n. 9.099/95) assumiu tal premissa.

<sup>5</sup> No Ceará, foi a Lei 12.553, de 27-12-1995 que regulamentou o sistema da Juizados no Estado.

<sup>6</sup> Nessa linha: “Enquanto não instalados em numero suficiente os Juizados Especiais, sua competência poderá ser exercida pelos demais órgãos de primeiro e segundo grau da Justiça Ordinária” (art. 29, LC n. 851, de 9-12-1998, do Estado de São Paulo).

<sup>7</sup> Daquela lei (n. 10.259/2001), podemos tomar as seguintes notas relevantes: a) aplicação subsidiária da LJE; b) previsão de uma competência territorial absoluta; c) possibilidade de concessão, inclusive de ofício, de tutela de urgência; d) não haverá duplo grau obrigatório (art. 13) nem prazos dilatados (art. 9º); e) inovando no plano recursal, conta com um “pedido de uniformização da interpretação de lei federal” (art. 14); f) após o trânsito em julgado, abre-se uma mera fase de execução.

<sup>8</sup> Nessa linha, THEODORO JUNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 110-111.

## 2. UMA NOTA DE DIREITO COMPARADO

A adoção, no plano do positivo, da figura dos Juizados - atenta a esses não somente como um novo órgão judiciário, mas, acima de tudo, como uma nova maneira de ser do processo -, constituiu verdadeiro “marco” no que tange à abolição de velhos conceitos do processo,<sup>9</sup> mitigando as exigências formais dos procedimentos cíveis e incentivando as máximas da oralidade. Era, então, melhorar o acesso a jurisdição com uma nova postura, nova filosofia e uma nova estratégia.<sup>10</sup>

É perfeitamente possível vislumbrar, na colocação desses Juizados em nosso sistema, forte influência do processo da *common law*, de suas chamadas *Small Claims Courts*.

Daquela experiência alienígena (especialmente, a norte-americana), podemos anotar, à título exemplificativo:

- a) previsão de alçada a partir do valor da causa;
- b) apresentação de pedido de forma oral;
- c) o advogado tornando-se figura rara;
- d) uma fase de execução sem maior trato procedimental ou solenidades;
- e) possibilidade do emprego da arbitragem.<sup>11</sup>

Uma rápida olhada para o sistema brasileiro dos Juizados e encontraremos, rapidamente, a adoção daquelas idéias. Confira-se, por exemplo, os arts. 3º, inc. I; 14, §1º.; 9º.; 52, incs. II e VII; 24, todos da LJE.

Vamos ao exame dos caracteres constitucionais que mencionamos.

## 3. JUIZADOS PARA CONCILIAÇÃO, JULGAMENTO E EXECUÇÃO

Os Juizados Especiais foram instituídos para a conciliação, julgamento e execução nas causas de sua competência.<sup>12</sup>

A busca de soluções alternativas (ainda que intra-processuais) e o reconhecimento de que o juiz não possui apenas uma função julgadora, mas

<sup>9</sup> Ainda na época da “Lei das Pequenas Causas” (1984), Cândido Rangel Dinamarco preconizava: “A Lei das Pequenas Causas pretende ser o marco legislativo inicial de um movimento muito ambicioso e consciente no sentido de rever integralmente velhos conceitos de direito processual e abalar pela estrutura antigos hábitos enraizados na mentalidade dos profissionais, práticas irracionais incompatíveis com a moderna concepção democrática do exercício do poder através da Jurisdição” (*Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p.1).

<sup>10</sup> Cf. FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, tomo III, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 8.

<sup>11</sup> Cf. LACASTRA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 33-35.

<sup>12</sup> Na mesma linha, vide o art. 1º. LJE.

também um papel conciliador, são tendências modernas do processo como um todo. Observe-se, como exemplo confirmatório disso, o aumento dos poderes conciliatórios do juiz, no plano do processo comum, regido pelo CPC (art. 125, IV).

Nos Juizados, esse papel (e essa busca) sempre foi algo muito marcante.

Há, no processo dos Juizados, todo um momento previsto à conciliação, contando-se, inclusive, com a previsão de um auxiliar do juiz voltado exatamente para esse trabalho, qual seja, o conciliador.<sup>13</sup>

O conciliador cumpre o relevante papel de amortizar o impacto dos jurisdicionados, conduzindo as partes a um bom termo, equalizando seus conflitos. Embora não exercendo a jurisdição, constituem elemento fundamental à eficiência da Justiça. Sua colaboração agilizará consideravelmente os trabalhos, ensejando maior produtividade ao juízo (Fátima Nancy Andrighi).<sup>14</sup>

Obtida a conciliação, dá-se termo ao processo.<sup>15</sup> Todavia, para que o acordo celebrado produza seus efeitos jurídicos (título executivo), deve contar com a homologação pelo juiz togado. O juiz togado não estará obrigado, é certo, a proceder a homologação, v.g., se essa contemplou matéria alheia ao conflito.

Não obtida a conciliação, poderá ser tentado o juízo arbitral, mas na forma específica da LJE (art. 24). Observe-se que, ali, a decisão do árbitro ainda pressupõe homologação do juiz togado para sua eficácia.

Não obtida conciliação nem instituído o juízo arbitral, vai-se imediatamente à fase de instrução (art. 27, LJE).

É importante notar que, não obstante toda a relevância dessa fase para o processo dos Juizados, é preciso tomar muito cuidado na condução da mesma, evitando-se abusos ou pré-julgamentos.

O processo e julgamento das causas ... Está-se referindo, nesse ponto, à tutela jurisdicional de conhecimento, prestada pelo processo do mesmo nome.

Faz-se, nos Juizados, a adoção de um procedimento único para aquele tipo de processo: o procedimento sumaríssimo, marcado por intensa dose de informalidade e oralidade.

<sup>13</sup> Na verdade, todos os protagonistas dali - juiz togado, juiz leigo e conciliadores - podem atuar nessa fase conciliatória (art. 22, LJE).

<sup>14</sup> Afinal, permite-se que o juiz se dedique mais àqueles processos em que a conciliação não foi alcançada.

<sup>15</sup> Essa fase de conciliação pode ser estendida a outros procedimentos judiciais (art. 58, LJE). Além desses momentos intraprocessuais, não podemos esquecer a utilíssima hipótese do art. 57 da LJE. Essa, uma possibilidade bem mais ampla, exercitável junto a qualquer juízo (não apenas perante Juizados), já incorporada, inclusive, à legislação codificada (inc. V, art. 475-N, CPC).

*Execução.* Os juizados são competentes, desde o advento da LJE, para realizar atividade executiva com fundamento quer em títulos judiciais quer em títulos extrajudiciais (art. 3o., §1º., incs. I e II; ainda, arts. 52 e 53).

Aqui, houve uma clara evolução.

Originariamente, a Lei n. 7.244/84 (LPC) alijou, por completo, a execução forçada dos Juizados (art. 40), situação que foi, tempos depois, atenuada pela Lei n. 8.640, de 31.03.93, que autorizou a execução nos Juizados, mas com as regras do CPC .

A Lei n. 9.099/95, por sua vez, seguindo o comando da Constituição, trouxe regras próprias para a execução (arts. 52 e 53, LJE). Ali, é fácil notar a adoção de uma maneira descomplicada para sua instauração e bastante informalismo para a implementação de medidas de força e expropriatórias.

Tutelas de urgência. Apesar do silêncio da lei e de alguma posição contrária na doutrina (a nosso ver, totalmente improcedente), a tutela de urgência, seja de índole cautelar ou antecipatória, tem cabimento sim no processo de juizados.

Chegou-se a sustentar que, sendo o processo de rito sumaríssimo, sequer haveria de se cogitar da necessidade de tais institutos na seara dos juizados.

Discordamos, por completo, de tal perspectiva. A celeridade e a brevidade são intuitos da lei, mas isso não quer dizer que, na prática forense, seja efetivamente assim (e sabemos que, infelizmente, não é), e que não ocorram situações onde a tutela de urgência tenha de ser prestada.

Soa-nos evidente que a tutela cautelar, por exemplo, deverá ser prestada pelos Juizados, quando o processo (principal) que tem curso ali estiver com a utilidade e a eficácia de seu provimento final comprometidas pelo tempo.

Pensar diferente, seria admitir, em sede de juizados, passível de descumprimento a promessa constitucional de tutela jurisdicional nos casos de ameaça de direito (inc. XXXV, art. 5º., Const.).

#### 4. JUIZADOS E OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO

O processo dos Juizados conta com princípios informativos que lhe são muito próprios.

O art. 2º. da LJE vem e aponta “critérios” - na verdade, princípios - os quais são de fundamental importância para a aplicação e interpretação da própria Lei 9.099/95 e solução de problemas nos Juizados, v.g., para o pronunciamento de nulidades (art. 13, LJE).

Diante de casos concretos, o magistrado deverá, portanto, afastar-se das soluções que sejam previstas no CPC ou em leis especiais, sempre que estas entrem em conflito com qualquer desses “critérios informativos”. São eles:

a) *Oralidade* - A própria Constituição, em sua cláusula maior, diz que adotar-se-á, ali, um processo oral. Sim, é certo que se toma uma forma oral para a prática dos atos processuais. Tentou-se elevar aquele princípio ao seu grau máximo.

É claro que, quando falamos em um processo oral (e a Constituição faz alusão a isso), esse vem recheado de todos os seus sub-princípios, os quais, costuma-se dizer, representam um “todo incindível”.

Com a idéia de oralidade vêm junto as notas do: a) imediatismo – exigindo-se um contato direto do juiz com as partes e as provas; b) identidade física do juiz – uma consequência do primeiro sub-princípio, prevendo que o magistrado deveria ser o mesmo do começo ao fim da instrução oral. Trata-se de uma idéia bastante mitigada, hoje em dia;<sup>16</sup> c) concentração - uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos; d) irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Na confirmação da adoção de tal princípio, na LJE, temos: a) redução a escrito somente dos atos essenciais da audiência (§3º., art. 13 e art. 36); b) petição inicial e defesa orais (arts. 14 e 30); c) embargos de declaração orais (art. 49); d) execução e embargos;

b) *Simplicidade e Informalidade* - o desconforto com o processo cheio de solenidades, capaz de levar-nos facilmente a nulidades por não observância de ritos exigia resposta. Daí, a invocação expressa a tais princípios numa clara linha de atenuação do formalismo reinante no CPC.

Confirmatório desses temos: a) liberdade de formas para a solicitação de atos em outras comarcas; b) vedação aos editais; c) mandato verbal ao advogado; d) súmula do julgamento valendo por acórdão; e) comparecimento espontâneo das partes e apresentação de pedidos contrapostos.

Fica o alerta, contudo, de que “informalidade” não pode ser confundida com falta de segurança jurídica no plano daquele processo, com cada unidade de Juizado fazendo tocar o procedimento a seu jeito e modo. Convém mesmo algum tipo de iniciativa da Administração Judiciária no sentido de, didaticamente, uniformizar posturas e entendimentos.

c) *Economia processual* - esse princípio busca o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Sempre foi presente em nosso sistema de processo, mesmo no CPC, cabendo recordar institutos tais como o da reconvenção, conexão, litisconsórcio etc. A idéia é assegurar *mais* resultado prático com o *mínimo* de dispêndio de esforço e atividades.

d) *Celeridade* - é claro, com simplicidade no trato do processo e economia processual, o resultado haveria de ser exatamente maior brevidade no trato da causa. Tem-se aqui a invocação expressa, no campo específico dos juizados de

<sup>16</sup> Observe-se a vigente redação do art. 132, CPC, alterado que foi pela lei n. 8.637, de 31.3.93.

uma idéia que não lhe é exclusiva (também é assim no CPC, vide inc. II, art. 125) e que, hoje, é reforçada constitucionalmente (inc. LXXVII, art. 5º., Const.).

O mesmo art. 2º. LJE ainda diz “.... buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Já vimos a relevância de tal momento para o processo dos juizados e que esse investe nas formas alternativas de solução dos conflitos.<sup>17</sup>

Não se pode deixar de registrar, ainda, que o sistema da LJE foi absolutamente inovador no âmbito da jurisdição penal, trazendo medidas despenalizadoras - v.g., a) composição civil com extinção de punibilidade (art. 74, parágrafo único); b) transação penal (art. 76); c) lesões corporais culposas ou leves sujeitas a representação da vítima (art. 88); suspensão condicional do processo (art. 89).

Em todas essas medidas, sobressai um viés comum: *o consenso*.

Com tais medidas despenalizadoras o Direito Penal brasileiro começava, então, a adotar tendências modernas (e mundiais), sinalizadoras da utilização da prisão como *ultima ratio*, ampliativa do rol das penas ou medidas alternativas.<sup>18</sup>

Apesar da referência expressa daquela norma (art. 2º. LJE, parte final) apenas à conciliação e transação, pensamos que estão abertas, ali, todas as possíveis medidas de composição amigável.

Nada obsta, por exemplo, que, na oportunidade da conciliação, possamos ter o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ou a simples desistência da ação.

Por fim - mas não menos importante - não se pode esquecer que há todo um modelo processual constitucional a ser seguido e que o intérprete da lei de maneira alguma dele poderá se afastar.

Em meio àquele modelo - o qual conta com normas de organização judiciárias e de toda uma jurisdição constitucional - aparecem diversos princípios tutelares do processo, princípios que buscam assegurar um processo justo às partes (contraditório, isonomia processual, juiz natural, vedação de provas ilícitas etc.).

Então, é certo que o magistrado não poderá se afastar dos princípios informativos de que fala a LJE (art. 2º.), mas também, não obstante aquele informalismo e celeridade ali preconizados, aquele (o juiz) não poderá, antes de tudo, considerada a situação hierárquica do ordenamento, se afastar daqueles (sub)princípios integrantes da garantia-mor do devido processo legal.

Por exemplo, temos que, segundo a LJE, não obtida conciliação nem

<sup>17</sup> Também se admite, não podemos esquecer, a arbitragem.

<sup>18</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

instituído o juízo arbitral, vai-se imediatamente à fase de instrução (art. 27). Quer dizer, frustrada a conciliação ou o juízo arbitral, vai-se à instrução e julgamento na mesma data.<sup>19</sup>

Óbvio que as idéias de economia e celeridade não poderiam ser levadas a grau absoluto. Será, de fato, conduzido o procedimento diretamente à sua fase de resposta e instrução, mas, como ressalva a própria lei, “desde que não resulte prejuízo para a defesa”.

Esse é uma forma de recordar, no plano legal, que mesmo aquelas idéias do art. 2º da LJE não podem se sobrepor aos princípios maiores da devido processo (v.g., contraditório, ampla defesa).

Esse o ponto. Há que se tomar sérios cuidados para que o afã de atender aos princípios recordados no plano da norma infraconstitucional não traga sacrifícios inaceitáveis às garantias superiores do devido processo.

## 5. CAUSAS CÍVEIS DE MENOR COMPLEXIDADE

Sempre envolveu certa polêmica definir, no plano legal, o que seria uma “pequena causa”.

Ponderava-se, por exemplo, a forma totalmente arbitrária a que se chegaria a sua definição ou, ainda, que uma causa de pequeno valor poderia, em certas situações, representar para o litigante menos favorecido economicamente a totalidade de seu patrimônio.

Criticava-se, assim, o legislador de 1984 por ter escolhido o valor do pedido do autor como critério único e final da fixação de competência dos Juizados.<sup>20</sup> Chegou-se mesmo a dizer que “a utilização exclusiva deste critério para a fixação da competência desses juizados tenderia a criar uma Justiça de pior qualidade para os cidadãos economicamente desfavorecidos, violando, assim, o princípio constitucional da isonomia entre os cidadãos”.<sup>21</sup>

Argumentava-se também que “inexistem direitos subjetivos ‘de primeira classe’, dignos de um procedimento solene, e direitos subjetivos ‘de segunda classe’, que podem ser tratados sem as garantias inerentes ao procedimento-padrão; deveria, assim, o legislador buscar um ‘ponto de equilíbrio’ entre os interesses da celeridade e os da eficiência instrumental, só cogitando de procedimentos diversos do procedimento-padrão quando a natureza do direito material exija o acréscimo de atos processuais, ou sua supressão ou inversões na ordem procedimental”.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Previsão essa que não passa de mera consequência do subprincípio da concentração (supra).

<sup>20</sup> Vide o art. 3º. da Lei 7.244/84 (LPC).

<sup>21</sup> FUX, Luiz. A ideologia dos Juizados Especiais. *Revista de Processo*. n. 86, abr-jun, 1997, p. 213

<sup>22</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizados de Pequenas Causas, in: *Participação e processo*, coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 333.

Atenta, de certo, a essas críticas e ponderações, buscando atender ao texto do art. 98, I, Const., a Lei n. 9.099/95 (LJE), em seu art. 3º, cuidou de definir as denominadas “causas cíveis de menor complexidade”, conceito que veio em substituição à anterior noção de “pequenas causas” e fez isso, ora valendo-se do critério de valor atribuído à causa, ora dando primazia à matéria levada a juízo.

Em alguns casos, todavia, apenas a verificação do valor da causa ou somente a matéria ali discutida não bastarão para identificar a admissibilidade da demanda em sede de Juizados Especiais. A qualidade da parte da envolvida, por exemplo, também foi eleita pela própria LJE como parâmetro selecionador das demandas que podem ou não ser conduzidas aos Juizados Especiais Cíveis.

Segundo o rol apresentado por aquela norma (art. 3º, LJE),<sup>23</sup> temos como passíveis de serem levadas aos Juizados:

a) as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo (inc. I, art. 3º) - o valor da causa,<sup>24</sup> nesse ponto, cumpre seu conhecido papel de critério definidor de competência.<sup>25</sup> Para aquele fim, deve ser verificado o valor do salário mínimo à época do ajuizamento da demanda, ainda, tomando-se como base o salário mínimo nacional.<sup>26</sup>

Quanto à competência dos Juizados Especiais Federais é considerada, por força de disposição específica, a alçada de sessenta salários (art. 3º, Lei 10.259/2001).

Havendo litisconsortes, é razoável que se verifique o valor da causa pela quantidade de litigantes, por cabeça.

Causas que comportam procedimento especial, ainda que com valor dentro da referida alçada, não poderão ser trazidas à via dos Juizados.<sup>27</sup>

Eventuais equívocos na fixação do valor da causa poderão ser objeto de correção quer mediante “impugnação” (a qual não precisará vir em peça própria, como na disciplina do CPC),<sup>28</sup> quer pela atuação de ofício do juiz. Afinal, nessa última hipótese, sempre se entendeu como legítima a atuação oficial do Juiz para

<sup>23</sup> Segundo o Enunciado n. 30 do Fórum Permanente dos Juizados: “É taxativo o elenco das causas previstas no art. 3º da Lei n. 9.099/95”.

<sup>24</sup> Sobre o valor da causa, vide arts. 258 a 260, CPC.

<sup>25</sup> Chegou, na época (1995), a haver certa incoerência sistêmica, vez que os Juizados, os quais deveriam referir-se a causas de menor valor, chegavam com uma alçada então superior àquela então prevista para o juízo comum (vinte salários), nos casos de procedimento sumário. Isso, posteriormente, restou corrigido com uma nova redação para o inciso I do art. 275, trazida pela Lei n. 10.444, de 7-5-2002 (sessenta salários).

<sup>26</sup> Vide Enunciado n. 50 do Fórum Permanente.

<sup>27</sup> Nesse sentido veio o Enunciado n. 8 do Fórum Permanente dos Juizados: “As ações cíveis sujeitas aos procedimentos especiais não são admissíveis nos Juizados Especiais”.

<sup>28</sup> Entendendo que, havendo impugnação ao valor da causa pelo autor, o procedimento observado será o do art. 30 LJE e não o do art. 261 do CPC, cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 122. De qualquer sorte, ainda que em preliminar de contestação, incumbe ao réu o ônus de apontar os elementos necessários à correção do valor.

fixar o correto valor da causa, quando uma das partes, driblando critérios legais, almeja modificar a competência ou cabimento de recurso.<sup>29</sup>

Se houver o acolhimento da impugnação, estabelecendo-se valor superior a quarenta salários, teremos duas soluções: “a) o autor renuncia ao excedente de seu crédito e prossegue a demanda observando o limite legal (art. 3º, §3º.), perdendo definitivamente parte do direito material, ou; b) o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito por falta de pressuposto de desenvolvimento do processo (art. 51, inc. II)”.<sup>30</sup>

b) *as enumeradas no art. 275, II, CPC (inc. II)* - nesse caso, a LJE é remissiva ao rol do CPC que prevê as causas que seguem procedimento sumário, independentemente do valor. Aqui, como naquele outro dispositivo, emprega-se um critério puramente “qualitativo”, da natureza da causa, não importando o critério “quantitativo” (valor da causa).

Em outros termos, as causas do art. 275, II, CPC, também poderão ser levadas aos Juizados independentemente do valor que lhes seja atribuído. Entendeu-se, no final, que as restrições do § 3º. do art. 3º. e do art. 39, ambas da LJE, restringir-se-ão somente àquelas hipóteses competenciais que levam em conta o valor dado à causa.<sup>31</sup>

É certo que existem outras causas, não contidas no rol do CPC, às quais se destinam procedimento sumário. Há entendimento que interpreta restritivamente o disposto no inc. II, art. 3º. LJE, para dizer que não cabe o rito do Juizado para revisionais, adjudicação compulsória, usucapião especial, dentre outras que a legislação extravagante manda assumir rito sumário.<sup>32</sup>

c) *a ação de despejo para uso próprio (inc. III)* - apesar da Lei 8.245/91, em seu art. 80, ter estabelecido, de maneira programática, que “*para os fins do inciso I do art. 98 da Constituição Federal, as ações de despejo poderão ser consideradas como causas cíveis de menor complexidade*”, a LJE disse bem menos do que podia, elegendo apenas uma modalidade de ação de despejo. Assim, “nos Juizados Especiais só se admite a ação de despejo prevista no art. 47, inciso III, da Lei n. 8.245/91”;<sup>33</sup>

d) *as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado*

<sup>29</sup> “A modificação do valor da causa, por iniciativa do magistrado, à falta de impugnação da parte, somente se justifica quando o critério estiver fixado na lei ou quando a atribuição constante da inicial constituir expediente do autor para desviar a competência, o rito procedimental adequado ou alterar a regra recursal” (STJ - 4ª. Turma, RESP n. 120.363-GO, rel. Min. Ruy Rosado, j. 22.10.97, DJU 15.12.97).

<sup>30</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Juizados especiais cíveis: aspectos polêmicos, in: *Revista do Advogado* n. 50, p. 19.

<sup>31</sup> “As causas cíveis enumeradas no art. 275, II do CPC admitem condenação superior a 40 salários mínimos e sua respectiva execução, no próprio Juizado” (Enunciado n.58 do Fórum Permanente).

<sup>32</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

<sup>33</sup> Enunciado n. 4 do Fórum Permanente dos Juizados.

no inciso I deste artigo (inc. IV) - cabem, assim, quaisquer dos interditos possessórios (reintegração, manutenção e proibitório), mas, aqui, desde que observado o parâmetro do valor.

A LJE, inovando em relação a anterior (Lei das Pequenas Causas), traz o tema da execução (*v. infra*). A princípio, qualquer título executivo, judicial ou extrajudicial, bem como qualquer tipo de prestação (dar, pagar, fazer e não fazer), podem ser levados para o Juizado Especial. Há de se observar, todavia, os limites quantitativos (art. 3º, §§ 2o. e 3o.) e pessoais (art. 8o.)<sup>34</sup> trazidos pela própria lei.

Há limitações à competência dos Juizados, ora decorrentes da matéria, ora advindas da qualidade do litigante.<sup>35</sup>

São, dali, excluídas as causas: a) de natureza alimentar – entenda-se, de *alimentos* devidos em decorrência do parentesco; b) falimentares - que vão para o juízo indivisível da falência; c) fiscais; d) de interesse da Fazenda Pública; e) acidentes de trabalho; f) resíduos – ou seja, fundadas em disposições de última vontade, restos de um legado que se transmite; g) estado e capacidade das pessoas- seguindo antiga linha restritiva, observada, por exemplo, no procedimento sumário.<sup>36</sup>

Ante tais exclusões, não obstante a regra do art. 11, LJE, ficam reduzidas, sensivelmente, as situações de intervenção do Ministério Público no processo dos Juizados.<sup>37</sup>

Há também o entendimento de não serem admissíveis as ações coletivas nos Juizados Especiais Cíveis.<sup>38</sup>

## 6. JULGAMENTO DE RECURSOS POR TURMAS DE JUÍZES PRIMEIRO GRAU

Outra nota do texto constitucional (art. 98, I) foi já afirmar que não caberiam recursos das causas dos Juizados para os Tribunais de Apelação.

Assim, seguindo essa premissa, no que tange aos recursos cabíveis, a LJE somente faz menção expressa a duas modalidades: um recurso (inominado) da sentença; e os embargos declaratórios.

Quanto aos pronunciamentos interlocutórios, ali, não caberá agravo (nem retido nem na forma de instrumento), fruto do princípio da irrecorribilidade

<sup>34</sup> Estão excluídas dos Juizados Estaduais, por exemplo, a execução fiscal e a execução contra a Fazenda Pública, ex vi do art. 8o., LJE.

<sup>35</sup> Os Juizados Especiais Federais também seguem essa linha, observe-se o §1º do art. 3º no art. 6º, incs. I e II, LJE.

<sup>36</sup> Vide pr. único do art. 275, CPC.

<sup>37</sup> Sobre o tema, cf. BELLINETTI, Luiz Fernando. A intervenção do Ministério Público nos Juizados Especiais Cíveis. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1997, n. 87, p. 97-99; e FARIAS, Cristiano Chaves de. Os Juizados Especiais Cíveis como instrumento de efetividade do processo e a atuação do Ministério Público. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out 2004, n. 117, p. 135-159.

<sup>38</sup> Enunciado n. 32 do Fórum Permanente dos Juizados Especiais.

das interlocutórias, inerente ao princípio-mor da oralidade.<sup>39</sup>

Assim, não haverá preclusão das matérias que forem sendo decididas no meio do caminho,<sup>40</sup> as quais aguardarão debate quando do recurso da decisão final.

Nos Juizados Federais, caberá recurso das decisões interlocutórias que defiram cautelares ou antecipações de tutela. Observe-se a literalidade do art. 5º, Lei n. 10.259/2001.

A rigor, deve caber tal recurso tanto da decisão que defere como da que indefere a tutela de urgência.<sup>41</sup> Esse não é, todavia, um ponto pacífico.

Da sentença, diz a lei, caberá recurso<sup>42</sup> (o “recurso inominado”, como se convencionou chamar). Não é uma apelação e com ela não se confunde. Cabe para as sentenças, de mérito ou não. Estão excluídas, contudo, as sentenças homologatórias de conciliação e de laudo arbitral.<sup>43</sup>

“Por regra geral, o recurso não está sujeito a hipóteses que o motivem ou justifiquem porque sua *cognitio* se estende a qualquer tipo de erro ou injustiça da sentença *a quo*, assim como a qualquer tipo de irregularidade que possa invalidar essa mesma instância *a quo*. Desse modo o recurso possui um conteúdo muito mais amplo e genérico que qualquer outro tipo de recurso previsto no Código de Processo Civil, podendo denunciar tanto os erros *in iudicando* como os vícios *in procedendo* da instância processual *a quo*”.<sup>44</sup>

Esse recurso vai para um órgão do próprio Juizado: a Turma Recursal. A “turma” não tem *status* de tribunal. Pensamos que o juiz que deu a sentença não pode integrar essa turma julgadora.<sup>45</sup>

Não há hierarquia entre os tribunais de segundo grau e tais “Turmas”, de sorte que a solução encontrada nos acórdãos destas é final, não havendo recurso para o Tribunal de Justiça.

Nessa fase, foge-se do tratamento geral da lei, segundo o qual a presença do

<sup>39</sup> Nesse sentido veio o Enunciado n. 15 do Fórum Permanente dos Juizados: “Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo”.

<sup>40</sup> É importante que a parte vá cuidando do registro dessas no termo ou ficha de audiência.

<sup>41</sup> Dizendo não haver sentido na posição restritiva (apenas no caso de deferimento), cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional de urgência nos Juizados Especiais Federais, in: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nov/2007, n. 2, p. 11.

<sup>42</sup> A forma singular da expressão é empregada propositadamente. Isso ratifica o entendimento do não cabimento de agravos.

<sup>43</sup> Segundo Oreste Nestor Laspro, se “a sentença de primeiro grau homologou laudo arbitral ou conciliação das partes, pode qualquer uma delas, diante da impossibilidade de recorrer para a turma de recursos, interpor diretamente o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal” (Alguns aspectos dos recursos no Juizado Especial, in *Revista do Advogado* n. 50, p. 40).

<sup>44</sup> CUNHA, J. S. Fagundes. *Recursos e impugnações nos juizados especiais cíveis*. 2. ed., Curitiba: Ed. Juruá, 1997, p. 69-70.

<sup>45</sup> Entendendo que não há impedimento do juiz sentenciante em integrar a turma, CAVALCANTE, Montovani Colares. *Recursos nos juizados especiais*. 1. ed., São Paulo: Dialética, 1997, p. 25.

advogado é facultativa.

Na fase recursal, a parte não contará com capacidade postulatória, sendo necessária a presença de advogado nesse momento. As razões de tal obrigatoriedade estão ligadas ao aspecto técnico, discussão de *error in procedendo* etc.

O recurso é interposto no prazo de dez dias (art. 42).<sup>46</sup>

Nos Juizados Federais, as pessoas públicas ali autorizadas a litigar não terão prazo dilatado para ofertar seu recurso.<sup>47</sup>

O preparo será realizado de forma diversa da que prevista para o CPC (onde o pagamento é feito antecipadamente e a comprovação vem no ato da interposição), estando a técnica da LJE, hoje, defasada em relação àquela assumida pelo código.

Interpõe-se o recurso e seu preparo é realizado 48hs após aquela interposição. O valor a ser recolhido é aferido na forma do par. único, do art. 54.<sup>48</sup>

“O recurso inominado será julgado deserto quando não houver o recolhimento integral do preparo e sua respectiva comprovação pela parte, no prazo de 48 horas, não admitida a complementação intempestiva (art. 42, §1º. da Lei n. 9.099/95)”.<sup>49</sup>

Não haverá necessidade do preparo para o litigante que gozar dos benefícios da assistência judiciária.

De regra, o recurso terá somente o efeito devolutivo (art. 43).

No âmbito dos Juizados Federais, ao contrário dos estaduais, “o recurso interposto apresenta ambos os efeitos devolutivo e suspensivo, pois as disposições que tratam o cumprimento da sentença exigem o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo que, à toda evidencia, nada impede que parte do conteúdo condenatório já tenha sido antecipado liminarmente”.<sup>50</sup>

O efeito suspensivo do recurso poderá ser requerido - ao juiz ou ao relator,<sup>51</sup> os quais poderão deferi-lo motivadamente.

Caberá a interposição adesiva? Há controvérsias quanto a esse tema. No final, sagrou-se entendimento do Fórum Permanente dos Juizados de que não cabe recurso

<sup>46</sup> Também será de dez dias o prazo para sua resposta.

<sup>47</sup> Conseqüência da regra mais ampla de não dilatação dos prazos processuais daquele processo (art. 9º, Lei n. 10.259/2001).

<sup>48</sup> Ver ainda quando a despesas o pr. único do art. 54 e a sucumbência nessa fase, art. 55, caput.

<sup>49</sup> Enunciado n. 80 do Fórum Permanente.

<sup>50</sup> BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in: *Revista Dialética de Direito Processual* n. 56, São Paulo: Dialética, nov/2007, p. 132-133.

<sup>51</sup> Entendendo que a concessão do efeito suspensivo é ato da Turma e não do Relator, CAVALCANTE, Montovani Colares. *Recursos nos juizados especiais*, p. 37.

adesivo em sede de Juizado Especial, por falta de expressa previsão legal.<sup>52</sup>

É cabível (até salutar, diríamos) a sustentação oral.

Há quem sustente que o juiz não deveria intervir no recebimento do recurso.<sup>53</sup> Para os que entendem que o magistrado tem competência para a admissibilidade do recurso, negado seguimento a esse pelo juiz, caberia uma *reclamação* à Turma.<sup>54</sup>

Da sentença nos Juizados Cíveis, não há reexame necessário porque seus beneficiários ali não atuam. Nos Juizados Federais, a incidência desse instituto é vedada expressamente.<sup>55</sup>

Cabem os embargos de declaração (art. 48), quer da sentença, quer do acórdão das turmas. Há algumas notas peculiares quanto a esses: a) no plano da sua admissibilidade, ainda prevê-se a “dúvida”; b) admite interposição oral; c) ainda possui eficácia suspensiva do prazo do recurso superveniente.

Quanto ao erro material, “aquele perceptível *primo ictu oculi* e, sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do juiz a e expressa na sentença”,<sup>56</sup> seguindo a sistemática tradicional,<sup>57</sup> será corrigível de ofício,<sup>58</sup> a qualquer tempo (pr. único art. 48, LJE).

São exemplos desses: os meros erros de digitação; quando o juiz diz que “julga improcedente o pedido para condenar o réu ....”; a omissão do nome de algum litisconsorte.

Julgado o recurso inominado, virá seu acórdão. Mas cuida-se de um “acórdão” com menos formalidades (art. 46, LJE).

Caberá algum recurso dessa decisão?

Não caberão embargos infringentes;<sup>59</sup> afinal, de julgamento de apelação não se cuida.

Sem dúvida, ante a previsão da lei, caberão embargos declaratórios (supra).

Não caberá recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, visto que a situação não pode ser tida como um julgamento de última instância por “Tribunal”, como requer o art. 105, inciso III, da Constituição.<sup>60</sup>

Caberá, todavia, Recurso Extraordinário, haja vista que se cuida de uma

<sup>52</sup> Enunciado n. 88.

<sup>53</sup> CAVALCANTE, Montovani Colares. *op. cit.*, p. 36.

<sup>54</sup> DINAMARCO, *op. cit.*, p. 103.

<sup>55</sup> Art. 13 da Lei n. 10.259/2001.

<sup>56</sup> STJ, RESP n. 15.649, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro.

<sup>57</sup> Confira-se, no CPC, o art. 463, I.

<sup>58</sup> Ou mediante simples requerimento da parte, ainda que tenha havido coisa julgada.

<sup>59</sup> Noutro sentido, pela admissibilidade dos infringentes, cf. CUNHA, J. S. Fagundes. *Recursos e impugnações nos Juizados Especiais Cíveis*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1997, p. 185.

<sup>60</sup> Vide sumula 203 do STJ.

decisão tomada em última instância.<sup>61</sup>

Deve-se tomar cuidado com o antigo requisito do prequestionamento e, doravante, como a moderna exigência da repercussão geral.

Competirá ao Presidente da Turma Recursal o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Caberá agravo de instrumento (art. 544, CPC) da decisão que negue seguimento a esse.

Nos Juizados Federais, há ainda a previsão do pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14, Lei n. 12.259/2001). A esse se tem reconhecido a natureza de recurso.<sup>62</sup> Mas esse pedido somente cabe em casos divergências sobre questões de direito material, não processual.

O pedido fundado em divergência: a) entre Turmas da mesma Região –deverá ser julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador; b) entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ - será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juizes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

É previsto um amplo contraditório para esse pedido. Poderão ser pedidas informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização, sendo ouvido também o Ministério Público.

Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo (*amicus curie*), poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

O memorial ou a sustentação oral do *amicus curie* tem por objetivo auxiliar o tribunal para que este possa proferir uma decisão acertada, ou com vista a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses de terceiros que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão. Isso “pluraliza” o debate da questão, democratizando o procedimento.

Com efeito, “a admissão de terceiro na condição de *amicus curie*, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões pois viabiliza, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representam os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> “Contra as decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário” (Enunciado n. 63).

<sup>62</sup> BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nov/2007, n. 56, p. 135.

<sup>63</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. Primeiras reflexões sobre o Pedido de Uniformização de Interpretação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, in *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 466. No mesmo sentido, cf. CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curie* nos Juizados Especiais Federais Cíveis, in: *Revista Dialética de Direito Processual* São Paulo: Dialética, mar/2008, n. 60, p. 109.

Quanto às ações de impugnação, vemos que é possível sim o emprego de mandados de segurança contra atos do Juiz da unidade de Juizados ou da Turma Recursal. Nesses casos, a competência será da Turma Recursal para processar e julgar o writ.<sup>64</sup>

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLINETTI, Luiz Fernando. A intervenção do Ministério Público nos Juizados Especiais Cíveis, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1997, n. 87, p. 97-99.

BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nov/2007, n. 56, p. 118-138.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional de urgência nos Juizados Especiais Federais, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nov/2007, n. 2, p. 7-14.

CAVALCANTE, Montovani Colares. *Recursos nos juizados especiais*. 1. ed., São Paulo: Dialética, 1997.

BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nov/2007, n. 56, p. 132-143.

CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curie* nos Juizados Especiais Federais Cíveis, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, mar/2008, n. 60, p. 102-112.

CUNHA, J. S. Fagundes. *Recursos e impugnações nos juizados especiais cíveis*. 2. ed., Curitiba: Ed. Juruá, 1997.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII, tomo III, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Os Juizados Especiais Cíveis como instrumento de efetividade do processo e a atuação do Ministério Público, in: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out 2004, n. 117, p. 135-161.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FUX, Luiz. *A ideologia dos juizados especiais*, in: *Revista de Processo*, abr-jun. 1997,

<sup>64</sup> “Cabe exclusivamente às Turmas Recursais conhecer e julgar o mandado de segurança e o habeas corpus impetrados em face dos atos judiciais oriundos dos Juizados Especiais” (Enunciado n. 62).

n. 86, p. 204-213.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LACASTRA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

LASPRO, Oreste Nestor. Alguns aspectos dos recursos no Juizado Especial. In: *Revista do Advogado*, n. 50, p. 35-40.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos, in: *Revista do Advogado*, n. 50, p. 15-19.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.



# ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA AOS PAÍSES DA MODERNIDADE TARDIA

---

*Mário Sérgio Falcão Maia<sup>1</sup>  
Rodrigo de Almeida Leite<sup>2</sup>*

## RESUMO

Parte-se da constatação da necessidade de elaboração de um paradigma teórico constitucional adequado à realidade constitucional dos países de modernidade tardia como o Brasil. O trabalho tenta contribuir para a formulação desse novo modelo teórico-filosófico, partindo de reflexões de um ambiente pós-positivista. Trata-se, em verdade, da tentativa de listar e analisar alguns elementos necessários para a formação do paradigma adequado. É, portanto, um trabalho essencialmente bibliográfico, construído a partir da reflexão crítica do plano de modernidade iluminista e da consideração da realidade social, marcada pela desigualdade dos países da periferia mundial. Assim, busca-se no chamado constitucionalismo contemporâneo, na sua vertente pós-positivista (neoconstitucionalismo), as bases teóricas capazes de alicerçar esse paradigma adequado.

## Palavras-Chave

Neoconstitucionalismo. Países de Modernidade Tardia. Paradigma Teórico Constitucional.

## ABSTRACT

This work begins with the verification of the need to elaborate a theoretical and constitutional model adequate to the constitutional reality of countries of late development like Brazil. It tries to contribute to the formulations of this new theoretical-philosophical model, beginning with reflections from a post-positivist environment. It is actually an effort to describe and analyze some of the elements necessary to the construction of the adequate model. Therefore, it is an essentially bibliographical work built from the critical reflection of the illuminist plan of modernity and the consideration of the social reality, marked by the inequality in marginal countries. So, we seek in the contemporary constitutionalism in its post-positivist version (neo-constitutionalism), the theoretical basis for the construction of this adequate model.

## Key-Words

Neo-constitutionalism. Countries of late development. Theoretical and Constitutional Model.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos pela UFPB. Professor de Direito Constitucional e Ciência Política e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Mater Christi. Advogado. E-mail: mmaia22@yahoo.com

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutorando em Derecho y Políticas de La Unión Europea pela Universidade de Salamanca. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido – UFERSA. E-mail: roalmleite@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

No âmbito da teoria do direito moderno, e mais especificamente no espaço da Teoria Constitucional, falou-se bastante na possibilidade de elaboração de paradigmas gerais e abstratos.

De fato, o próprio direito moderno, de bases jusnaturalistas e iluministas, tentou traduzir essa idéia na positivação de direitos fundamentais com pretensões universais, a exemplo da famosa declaração francesa. Tem início, então, a chamada era dos direitos, o constitucionalismo liberal clássico.

Diga-se, ainda, que durante todo o século XIX, o direito se afasta do paradigma jusnaturalista, formulado pela escola de direito natural, ao ponto de se verificar – na primeira metade do século passado – uma quase simbiose entre os elementos liberal e positivista. De outro modo: a teoria do direito (e da Constituição) durante mais de um século trilha um caminho que levará ao positivismo jurídico forte. Caminho entrecortado, é verdade, que vai da escola da exegese ao normativismo kelseniano.

Já se verifica, há algum tempo, que não existe esse ser humano em abstrato, assim como também não existe uma sociedade em abstrato, nem, muito menos, um Estado em abstrato. Foi “descoberta” a História<sup>3</sup>.

Assim, se se concentra no âmbito da chamada teoria constitucional, nesse contexto, parece mais adequado se falar em teorias e não em teoria. Se, por exemplo, parte-se da constatação evidente da falta de efetividade dos textos constitucionais de países periféricos como o Brasil, deve-se concluir pela necessidade de uma teoria adequada a esse contexto social.

A saber, trata-se da formulação de paradigmas teóricos capazes de equacionar as complexas questões sociais enfrentadas por países (e regiões) assolados pela desigualdade social e carentes de uma democracia material. Ou, para usar expressão já conhecida da doutrina, trata-se de pensar a teoria a partir da realidade de países que não cumpriram as “promessas de modernidade” positivadas nos pactos sociais fundantes da modernidade.

Outro fato que torna evidente essa necessidade de reformulação teórica é a constatação da “importação” acrítica dos aportes teóricos estrangeiros, formulados à luz de realidades diferentes. Quando se trata de direito constitucional, não há como negar a influência da doutrina alemã, por exemplo.

Portanto, deve-se refletir sobre quais são os elementos (ou alguns dos) capazes de orientar esse referencial teórico adequado. Trata-se buscar, portanto, os elementos capazes de embasar uma Teoria Constitucional adequada à nossa realidade constitucional, ou, para usar a expressão de Lenio Streck<sup>4</sup>, trata-se da elaboração de

<sup>3</sup> STRAUSS, Leo. *Derecho natural e historia*. Espanha: Circulo de Lectores, 2000.

<sup>4</sup> Para uma introdução recente a essa teoria ver: STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como é ainda válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão.

uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia.

Este estudo se propõe a listar e analisar alguns desses elementos, elaborados a partir de ambiente filosófico e intelectual ainda novo: pós-positivismo. Tenta, assim, ser uma contribuição na elaboração desse paradigma (TCDAPMT – Teoria da Constituição Dirigente Aplicada aos Países de Modernidade Tardia) a ser construído, principalmente, a partir da análise crítica da modernidade jurídica liberal e do positivismo ainda bastante vivo nas práticas cotidianas do direito.

Assim, o plano de trabalho inclui necessariamente a reflexão em torno dos pilares liberais e positivistas<sup>5</sup>, sobre os quais se tentou construir uma Teoria Constitucional moderna. Devem-se listar, então, os seguintes temas: pós-positivismo; abstração; individualismo; racionalidade e, para a construção desse modelo adequado, o papel e legitimidade da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade.

## 2. EM BUSCA DE UM NOVO REFERENCIAL TEÓRICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO PÓS-POSITIVISTA

Pode-se apontar, com Barroso<sup>6</sup>, o pós-positivismo como sendo o marco filosófico a fundar a construção do paradigma teórico constitucional contemporâneo.

Sob o rótulo de pós-positivismo está o movimento crítico (e heterogêneo) que vai questionar e tentar ultrapassar a dogmática jurídica tradicional, buscando ser uma espécie de alternativa às maneiras tradicionais de se entender o direito: jusnaturalista e juspositivista. Tenta-se ultrapassar o modelo legalista umbilicalmente ligado ao positivismo sem desprezar o direito posto, num desenvolvimento que se irradia principalmente a partir da Constituição.

Note-se desde já que não se está a afirmar a mera derivação desta nova corrente de pensamento do positivismo, o que está em jogo é uma verdadeira “superação” do positivismo<sup>7</sup>.

Nas palavras de Lacombe, o pós-positivismo pode ser entendido como “o pensamento jusfilosófico que enfrenta mais de perto as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas”<sup>8</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que os desenvolvimentos teóricos que chamamos

---

SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>5</sup> É verdade que não se pode confundir as idéias liberais com o positivismo jurídico, porém tampouco se pode negar a simbiose existente entre essas duas idéias até meados do século passado.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 336.

<sup>8</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 141.

de pós-positivismo são, na verdade, uma resposta crítica ao positivismo em seus dois aspectos sucessivos<sup>9</sup>: primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito e, depois, também da escola sociológica.

Apesar de sua base heterogênea e em construção, o pós-positivismo pode ser caracterizado<sup>10</sup> pelo (1) entendimento do direito como sendo um todo composto de regras e princípios, sendo que estes últimos são os responsáveis pelo “arejamento” da pirâmide normativa; (2) pela formação de uma nova hermenêutica, agora com laços estreitos com as teorias da argumentação<sup>11</sup>; (3) pela busca de uma razão “possível” que corresponde ao resgate da razão prática e (4) pelo desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais lastreada na idéia da dignidade da pessoa humana.

É a partir desse ambiente teórico-filosófico que se ergue o chamado neoconstitucionalismo. Esse “novo” constitucionalismo tem sido tema de debates doutrinários nacionais e internacionais, sendo apontados como autores representativos dessa corrente, dentre outros, Zagrebeky, Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Barroso e Streck.

Apesar da discussão doutrinária e da falta de consenso no que se refere a uma conceituação exata, pode-se dizer que sob o rótulo de neoconstitucionalismo estão agrupados os desenvolvimentos teórico-filosóficos<sup>12</sup> nascidos a partir e para o Estado Democrático de Direito desenhado pelas Constituições materiais do segundo pós-guerra.

Portanto o que se tem chamado de neoconstitucionalismo, na verdade são os desenvolvimentos no âmbito teórico-filosófico que surgem com a intenção de concretizar as cláusulas do novo contrato material contemporâneo, a partir de um ambiente de crítica ao positivismo (pós-positivismo).

Então, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo se caracteriza pelo reconhecimento da materialidade das Constituições e pelo esforço de concretização (garantia) das cláusulas do novo contrato social que define os contornos do Estado Democrático de Direito.

Resta, então, afirmar que se se reflete sobre uma Teoria Constitucional adequada a países de modernidade tardia, não se pode ficar alheio às reflexões e desenvolvimentos ocorridos no eixo gravitacional do Estado Democrático de Direito, ou seja, essa Teoria Adequada deve ser formulada a partir e para a realização material das promessas de modernidade plasmadas nos textos Constitucionais modernos das sociedades periféricas, assim, deve-se atentar para a realização das promessas liberais, sociais e democráticas,

<sup>9</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 91

<sup>10</sup> Para uma sistematização nesse sentido, ver Barroso, 2009, 249.

<sup>11</sup> Nesse sentido, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BARROSO, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>12</sup> Para uma ausência de rigidez na fronteira entre a teoria e filosofia jurídica ver: RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? *Problemata*, João Pessoa, v. 2, n. 1, 1998, p. 77-94.

entendendo-as como um todo indivisível e interdependente.

Em síntese, a Teoria Adequada aqui tratada tem como base teórica o neoconstitucionalismo. Trata-se, justamente, de se refletir sobre esse paradigma na tentativa de se construir um referencial capaz de traduzir essas idéias para a realidade constitucional dos países periféricos.

### 3. FRAGMENTOS DE UMA TEORIA EM CONSTRUÇÃO

Como dito, essa Teoria Constitucional Adequada vai se fundamentar na superação das insuficiências teóricas liberais e positivistas que representaram por mais de um século o plano iluminado de modernidade.

Em termos mais concretos, em nome de uma adequada delimitação do campo de trabalho, deve-se dizer que a análise dos fragmentos teóricos proposta nesse estudo se limita a busca de elementos relativos aos pontos 3 e 4 listados acima quando se caracterizou o pós-positivismo, além deles, diga-se, ainda, que é extremamente necessária a reflexão sobre o papel, a legitimidade e os limites da atuação do judiciário na realização das promessas constitucionalizadas nos países periféricos.

Esclarecendo: o desenvolvimento dos fragmentos teóricos aqui pretendido para a maturação de uma teoria constitucional adequada aos países de modernidade tardia, serão desenvolvidos a partir da idéia de ressaltar-se a importância da dimensão social/coletiva dos direitos fundamentais (item 4) na busca de uma “razão possível” na construção e, principalmente, concretização da TCDAPMT (item 3) e na questão da legitimidade e limites da atuação do judiciário.

Pode-se dizer, em síntese, que a análise dos elementos teóricos aqui pretendida orienta-se pela crítica ao individualismo, à abstração e à razão instrumental modernas e iluminista; além disso, essa análise se preocupa também com a garantia dos direitos constitucionalmente postos e com a conseqüente legitimidade da atuação do judiciário na concretização desses direitos.

Acredita-se, então, que para a concretização Constitucional nos chamados países periféricos é necessário o desenvolvimento de uma Teoria Adequada que ressalte o caráter social/coletivo dos direitos fundamentais, abrindo as portas do direito contemporâneo à realidade social concreta da periferia mundial.

#### 3.1. Primeiro elemento teórico: do liberal/individual/subjetivo ao social/coletivo/objetivo

Deve-se começar afirmando que, a partir do constitucionalismo surgido na segunda metade do século passado, fez-se necessária uma revisão completa da teoria do direito que estava adaptada ao modelo liberal.

A insuficiência da teoria liberal já é percebida claramente desde o início do século passado quando as Constituições sociais positivaram o compromisso firmado entre a burguesia e o proletariado. Não é sem motivo então que

as normas que positivaram constitucionalmente os direitos sociais foram (e em grande parte ainda são) consideradas meros programas endereçados ao legislador. Assim, pode-se dizer que o problema a ser enfrentado na contemporaneidade é o de adaptação da(s) Teoria(s) de direitos fundamentais aos desafios impostos em época social caracterizada pela complexidade.

Visualiza-se melhor essa dificuldade principalmente a partir da análise dos desafios impostos à concretização e justiciabilidade dos direitos sociais constitucionais entendidos como coletivos *latu sensu* – difusos e coletivos. Nesse contexto, pode-se dizer que existe uma necessidade urgente de se criarem categorias para se pensar os direitos sociais, adequadas à nossa realidade<sup>13</sup>.

Quando se lê a produção teórica atual sobre uma teoria de direitos fundamentais e, mais especificamente, sobre uma teoria de direitos fundamentais sociais, percebe-se que a ênfase ainda gravita em torno da idéia de direito subjetivo.

Veja-se, por exemplo, a construção formulada por Arango<sup>14</sup>, que, baseado em uma perspectiva sul-americana, vai enfatizar o caráter de urgência da proteção dos direitos sociais em um quadro caracterizado ainda por várias omissões estatais absolutas. Apoiado nisso, vai propor um modelo dos casos extremos, em que pode haver um prejuízo grave aos princípios da separação de poderes e da democracia<sup>15</sup>.

O autor vai identificar um direito (subjetivo) como sendo “uma posição normativa fundamentada em argumentos válidos e suficientes, cujo não-reconhecimento injustificado causa dano àquele que é detentor do direito”. Por último, o autor ainda vai tratar do caráter de urgência, afirmando que:

Na maioria das vezes, senão sempre, a importância de um indivíduo, de uma situação ou de um objeto só pode ser estimada em situações extremas. [...] esse fenômeno, além de ser culturalmente real, é crucial no estabelecimento da objetividade de um juízo baseado em valores, que entende as perdas e danos como uma situação contrária ao que era esperado e só pode acontecer sob pena de violação da Constituição. (ARANGO, 2005, 96).

Entende-se, desse modo, que é a idéia de necessidades básicas (em decorrência do princípio da dignidade humana) aliada à situação de urgência ocasionada, principalmente por uma omissão do Estado, que justifica a existência de direitos sociais subjetivos – mediante a análise de um caso concreto – e sua conseqüente justiciabilidade.

<sup>13</sup> COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Tzeoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 189.

<sup>14</sup> ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.93.

<sup>15</sup> Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

Também Garcia<sup>16</sup>, como base nas lições de Weber, assevera que a ambígua expressão “direitos sociais” pode ser enquadrada como direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores e que, nessa ordem, essa escala vai indicar uma ordem decrescente em termos de densidade normativa e de potencial de exigibilidade.

Porém, ainda que se trate de mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores, é possível que, à luz do caso concreto, origine-se um direito subjetivo, devido à força do princípio da dignidade humana.

Os pensamentos expostos até aqui têm o objetivo de mostrar a ênfase teórica que ainda se dá sobre os direitos sociais subjetivos – talvez, seja esse o principal problema a ser enfrentado quando se trata de pensar um modelo teórico adequado aos direitos sociais.

É natural que assim seja, uma vez que é necessário ultrapassar o individualismo característico do direito liberal, cujas respostas não se aplicam aos questionamentos sociais atuais. Esse individualismo está enraizado na idéia mesma de direito subjetivo, entendido como uma faculdade da pessoa, que na modernidade possibilitou uma análise do direito privilegiando o ponto de vista dos governados e não dos governantes, indo de Hobbes, com seu *Leviatã*, a Rousseau, com sua vontade geral.

Deve-se lembrar, entretanto, que a idéia moderna de direito subjetivo só foi possível por meio da oposição deste ao direito objetivo já existente, ou seja, a partir do surgimento de uma dicotomia.

Assim, de acordo com a doutrina e a jurisprudência tradicionais, existe uma relação íntima e necessária entre direito subjetivo e direito objetivo. São as duas faces de uma mesma moeda. O direito é, ao mesmo tempo, um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém, e um fenômeno subjetivo, que está nas mãos dos indivíduos. Essa dicotomia moderna foi possibilitada por uma idéia moderna de liberdade que, de acordo com Ferraz Jr.<sup>17</sup>:

[...] servirá à defesa da propriedade privada identificada com a riqueza, à defesa da economia de mercado livre e à concepção de Estado como um guardião (ameaçador) das liberdades fundamentais garantidas por um documento: a Constituição [liberal]. É com base nessa liberdade, que funciona como limite à atividade legiferante do Estado que irá configurar-se a noção de direito subjetivo em oposição ao direito objetivo.

Destarte, não se pode estranhar a dificuldade encontrada quando se trata de concretizar os direitos sociais. Atualmente, tenta-se construir um modelo de direitos sociais adequado ao modelo estatal e à complexidade contemporânea, visando ultrapassar o paradigma liberal e buscando novas formas de entender

<sup>16</sup> GARCIA, Emerson O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 981.

<sup>17</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 144.

e construir o direito, capazes de ressaltar também o seu aspecto coletivo (difuso e coletivo *stricto sensu*). Nesse contexto, há quem exclua até a possibilidade de se falar em direitos subjetivos sociais<sup>18</sup>.

É, nesse sentido, que ganha importância redobrada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual irá tornar-se possível a partir da irradiação da (Neo) Constituição. No que diz respeito aos direitos sociais mais especificamente, é a partir do fortalecimento da dimensão objetiva que podem surgir alternativas de cobrança, principalmente contra a omissão estatal – total e parcial –, em grande parte responsável pela falta de efetividade dos direitos sociais.

Somente por meio desse reencontro contemporâneo com o direito objetivo, pode-se falar em uma justiciabilidade de direitos sociais que ultrapassa a lógica liberal e permite a cobrança da realização das promessas constitucionais, positivadas desde o constitucionalismo social no início do século passado, a partir de uma lógica coletiva em que se tenta garantir o direito de um grupo (que não se beneficia da lógica liberal) ou, mais importante ainda, de toda a sociedade.

Como resultado desse reencontro, tem-se, em verdade, a reconstrução da idéia de “era dos direitos (subjetivos)”; com maior propriedade, deve-se falar em uma era dos “direitos e deveres”.

Isso é verdade, principalmente se se atenta para o fato de vários dos direitos fundamentais atuais não permitirem, inclusive, uma proteção calcada na defesa de um direito individual apenas. Veja-se como exemplo o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/88. art. 225). Como garantir um ambiente ecologicamente equilibrado a um indivíduo sem garantir o do seu vizinho?

Assim, o que se busca, a partir do fortalecimento da dimensão objetiva dos direitos sociais fundamentais, é “articular novas estratégias e abordagens para o enfrentamento dos mesmos problemas de justiça social que o capitalismo liberal não equacionou, nem jamais equacionará”<sup>19</sup>.

Essa valorização do direito objetivo é particularmente importante nos Estados que nunca conseguiram desenvolver um Estado de Bem-estar nos moldes do europeu, pois ela permite que se ultrapasse a programaticidade dos direitos sociais imposta pela ideologia liberal que se escondia atrás de afirmações como a da “diferente estrutura normativa”, “dos custos altos dos direitos sociais em oposição aos liberais”, “reserva do possível”, dentre outras. Vai, portanto, ampliar as possibilidades de luta pela concretização dos direitos sociais permitindo que existam efeitos jurídicos concretos diretos, mesmo a partir de normas anteriormente consideradas programáticas, ou seja, aquelas que carecem de integração legislativa para a criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares.

<sup>18</sup> ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-46.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 253.

Abre-se caminho, assim, para que a luta encampada pela sociedade não termine na positivação dos direitos, posto que essa positivação pode ser, muitas vezes, simbólica<sup>20</sup>, ou, como se diz no Brasil, “para inglês ver”. Dessa forma, é possível se falar numa luta pela concretização do direito.

Ainda sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais Bonavides<sup>21</sup> vai afirmar:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’ [...] que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração.

Não se trata, obviamente, de negar a importância dos direitos subjetivos ou de abrir mão dos direitos subjetivos sociais, mas sim de uma reflexão cuidadosa a respeito da dupla dimensão dos direitos fundamentais, com o intuito de potencializar as possibilidades de realização dos direitos sociais, fortalecendo seu caráter coletivo.

Lembra, então, com Canotilho<sup>22</sup>, que, quando se fala na fundamentação objetiva de uma norma positivadora de direitos fundamentais, está-se a ressaltar o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.

Atento a essa realidade, Alexy<sup>23</sup> vai asseverar que, por intermédio da apresentação do seu modelo, poder-se-ia imaginar uma diminuição da importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em favor do direito subjetivo. Porém, trata o autor de, em seguida, afirmar a importância do direito objetivo. Vai defender que o direito objetivo possui um espaço mais amplo que o subjetivo, mas, nem assim, deixa de ser um direito vinculante.

Por fim, ressalte-se, ainda, que se trata, aqui, dos direitos sociais a partir de uma perspectiva lata, ou seja, para além da proteção vinculada ao salário, que, muitas vezes, caracterizam esses direitos (veja-se o exemplo do direito do trabalho e suas garantias constitucionais e infraconstitucionais). Trata-se, portanto, de entender os direitos sociais a partir de uma perspectiva ampla, não excludente, desvinculado da capacidade e da possibilidade dos indivíduos em conquistar o seu lugar no mercado de trabalho, como já ressaltado por Telles<sup>24</sup>.

Essa ênfase no social-coletivo justifica-se, também, pelo grau de amadurecimento já alcançado pelos direitos liberal-individuais. Estes, que, inicialmente também

<sup>20</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 567.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 567.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1216.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 499.

<sup>24</sup> TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: Afinal, do que se trata?* Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 94.

foram criticados pelo seu alto grau de abstração, atualmente já estão estabelecidos na dogmática tradicional e possuem instrumentos jurídicos de cobrança efetivos (cite-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, ou as próprias ações no âmbito do direito do trabalho).

Assim, fica claro que se busca, com a tese da dupla dimensão dos direitos fundamentais, reconhecer sua eficácia objetiva, que irá fundamentar a construção teórica capaz de fortalecer o conteúdo e ampliar o alcance dos direitos sociais, para além daquele já conhecido na tradicional concepção de direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa frente ao Estado, característico do modelo liberal.

### 3.2. Segundo elemento: do abstrato ao concreto

Depara-se, então, com a necessária construção de um modelo de direitos fundamentais, adequado ao constitucionalismo contemporâneo, ou seja, deve-se considerar a abertura dos textos que positivam os direitos fundamentais (especialmente os sociais) e, além disso, a passagem da teoria “abstrata” de direito liberal para a teoria aberta ao concreto dos direitos sociais.

De fato, percebe-se que a abstração que caracterizava os direitos individuais expressos nas Constituições revolucionárias modernas não foi capaz de integrar a idéia de que os seres humanos são indivíduos concretos, situados na história<sup>25</sup>, assim, a idéia de lei genérica e abstrata iluminista, que tinha como fundamento a suposição de uma sociedade homogênea, formada por homens “livres e iguais”, não faz mais sentido quando se percebe os seres humanos e seus complexos e concretos problemas sociais.

Portanto, uma adequada teoria dos direitos fundamentais vai necessariamente ter que se preocupar com a análise dos casos concretos a partir dos quais serão entendidas as questões relativas a esse ser humano historicamente localizado. Portanto, para muitos<sup>26</sup> torna-se relevante o pensar sobre a ponderação.

Trata-se de atentar para a abertura do direito contemporâneo ao concreto. Explica-se melhor: com a atual consciência pós-positivista da não existência de fronteira rígida entre a teoria e a filosofia do direito<sup>27</sup>, volta a ser um tema “jurídico” a questão da justiça. Nesse contexto, não se acredita mais na existência de uma justiça em abstrato já totalmente delimitada pelo texto normativo. De fato, como definir em abstrato a dignidade da pessoa humana? O que pode ser considerado como mínimo material?

<sup>25</sup> MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 133.

<sup>26</sup> Alguns exemplos: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>27</sup> Ver RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? *Problemata*, João Pessoa. v. 2, n. 1. 1998, p. 77-94.

A variedade possível de respostas as perguntas formuladas acima demonstram a necessidade da análise concreta para – obviamente – “concretizar” o direito. Enfim, basta um bom dicionário para perceber que não se “concretiza” algo em abstrato.

Essa constatação gera um problema a ser enfrentado se se pensa em modelos; paradigmas teóricos: a questão da racionalidade do processo de concretização do direito. Como evitar que diante da abertura dos textos jurídicos na contemporaneidade (principalmente a NeoConstituição) a realização das promessas de modernidade seja refém da total subjetividade dos juizes?

O correto equacionamento dessa questão é ainda mais importante no âmbito de Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia já que tradicionalmente o judiciário atua de maneira conservadora<sup>28</sup>, refratária as mudanças apontadas pela teoria. Veja-se abaixo então.

### 3.2.1. Em busca de uma razão possível

A busca do direito positivo pode ser descrita também como a procura da segurança (jurídica)<sup>29</sup>. Assim, é possível se entender todo o movimento de codificação do direito que se dá a partir da França pós-revolução.

Ao transpor os direitos naturais constitucionalmente declarados para os códigos, estava-se, em verdade, em busca de uma segurança que se acreditava ser possível somente a partir do trabalho de um legislador racional, capaz de reunir todo o direito (o direito passará mais adiante a ser entendido como sinônimo de lei) em um corpo legislativo simples e unitário. Através do código, então, se superaria a situação de desordem causada pelo acúmulo de normas jurídicas produzidas no decorrer do desenvolvimento histórico.

Lembre-se, ainda, que a burguesia revolucionária, rapidamente, transforma-se em conservadora e pretende proteger e fixar a liberdade (formal) conquistada. Nesse contexto, abrem-se as portas para o surgimento do positivismo jurídico, entendido como “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito que não o positivo”<sup>30</sup>, que, entre críticas e elogios, reinará até meados do século passado e ainda hoje influencia fortemente as decisões jurídicas.

Esse positivismo caracteriza-se, dentre outras coisas, pela construção de modelos de aplicação do direito (dogmática) imunes ao questionamento e, conseqüentemente, à mudança. Qualquer mudança a ser inserida no sistema deve, necessariamente, partir do legislador. Em outras palavras, trata-se do dogma da onipotência do legislador.

Vê-se que essa realidade muda a partir do surgimento do Estado Constitucional de Direito, principalmente, no que se refere ao rompimento da separação rígida entre

<sup>28</sup> Ver, por exemplo, o estudo feito por Marcela Varejão que demonstra o formalismo e conservadorismos das decisões do judiciário. VAREJÃO, Marcela. As sentenças sobre a ocupação de terra no Brasil de 1985 a 2003. In: *Verba Júris*. Ano 6. Número 6. 2007, p. 87-146.

<sup>29</sup> SICHES, Luis Recaséns. Tratado de sociologia. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v.2. p. 702-704.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 119.

o jurídico e o político, no âmbito constitucional, e a conseqüente reconfiguração da atividade do Judiciário através da jurisdição constitucional. O destaque já não será mais o legislador (ordinário principalmente), passa a ser, em verdade, a própria Constituição e seus direitos fundamentais.

Certamente essa mudança gera alguma insegurança no âmbito da teoria “geral” do direito construída em época positivista e que associa o Direito e a interpretação jurídica à idéia de subsunção, de dedução.

Assim, a atribuição dessa tarefa transformadora da jurisdição constitucional traz consigo também a necessidade de uma justificação/explicação/fundamentação mais completa e racional das decisões judiciais. Efetivamente, pode-se falar na existência de um constitucionalismo discursivo, que tenta encontrar uma razão possível na argumentação, ou seja, na fundamentação das decisões jurídicas e não mais apenas no “processo interpretativo”, como buscou Savigny.

Em síntese: considera-se a insuficiência dos métodos e técnicas da hermenêutica jurídica moderna no enfrentamento das complexas questões contemporâneas e a conseqüente ligação, atualmente verificada, entre hermenêutica e teoria da argumentação<sup>31</sup>. Desta forma é possível afirmar que o esforço de racionalização transfere-se do “interpretar” para o “explicar”.

Logo, para que o Judiciário possa fazer uso desse poder de interpretação e realização dos direitos fundamentais, garantidos pela (neo)Constituição, deve explicar muito bem a sua maneira de agir, de preferência utilizando-se de argumentos racionais.

Então, com a abertura neoconstitucionalista a contribuições de base tópico-retórica, a reflexão e a conseqüente decisão em torno dos direitos fundamentais dão-se a partir da análise do caso concreto, ou seja, para muitos é a partir da ponderação que se pode decidir.

### 3.2.2. Ponderação e racionalidade

A ponderação tem papel de destaque dentro do modelo neoconstitucionalista. A partir dessa técnica de interpretação constitucional, realizam-se os direitos fundamentais.

A grande crítica que se faz à ponderação diz respeito à racionalidade do processo, ou melhor, a uma falta de racionalidade<sup>32</sup>, que, em última análise, deixaria a realização constitucional nas mãos dos juizes chamados a analisar o caso concreto. Por conseguinte, de acordo com essa crítica, os direitos fundamentais seriam reféns da subjetividade dos julgadores.

<sup>31</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 10.

<sup>32</sup> AMADO, Juan Antonio García. Derechos y protestos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 255.

Na realidade, eliminar toda a discricionariedade das decisões judiciais seria uma tarefa impossível. Contudo, isso não diminui a importância da busca de uma racionalidade possível em torno da ponderação.

Toda a construção teórica em redor da controvérsia baseia-se na utilização de idéias que possam ser aceitas mediante a análise do caso concreto. Esse processo de argumentação deve ser “tão racional quanto possível”<sup>33</sup> e tem o objetivo de formar um consenso racional. Deve-se dizer, ainda, que outra maneira de rebater essa crítica é taxar os próprios críticos de hiper-rationais, incapazes de reconhecer o limite da racionalidade mesma<sup>34</sup>.

Alexy<sup>35</sup>, buscando definir parâmetros para a ponderação, afirma que esse procedimento racional realiza-se a partir de um fundamento, por ele chamado de “lei da ponderação”, que pode ser posto da seguinte maneira: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.”.

Como consequência lógica dessa lei, tem-se que o processo de ponderação pode ser dividido em três passos parciais: no primeiro momento, deve-se comprovar o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e, finalmente, comprovar se a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Esse procedimento racional de ponderação permite que a Constituição, com as suas normas de redação aberta e com forte carga axiológica, seja concretizada. Na impossibilidade de se definir um catálogo de direitos totalmente delineados *prima facie*, busca-se esse delineamento a partir de um caso concreto.

### 3.2.3. Concretização da Constituição segundo a teoria estruturante de Fr. Müller

Frederich Müller<sup>36</sup> é mais um autor pós-positivista que se preocupa com o desenvolvimento teórico a partir e para o Estado Democrático de Direito. Além disso, a teoria estruturante do direito, desenvolvida pelo autor, (re)afirma a validade direta e completa de todos os textos de norma através da Constituição e baseia-se na análise do caso concreto. Então, nesse sentido, o autor pode ser classificado como um neoconstitucionalista.

No entanto, distancia-se desse paradigma quando afirma que as críticas feitas até aqui ao positivismo permanecem ainda no mundo positivista; isso se deve ao fato

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130.

<sup>34</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 317.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68.

<sup>36</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

de compartilharem “a ilusão de que os textos nas leis, nas constituições, sejam já as normas”. Assim, os críticos do velho positivismo ainda estão presos ao “antagonismo abstrato entre ser e dever-ser”<sup>37</sup>.

Adeodato<sup>38</sup>, ao analisar a teoria de Müller, percebe que o autor afasta-se da teoria da argumentação (nos moldes da proposta de Alexy, por exemplo), ao declarar que a concretização é diferente de silogismo, aplicação, subsunção, efetivação ou individualização concreta do direito a partir da norma geral. De acordo com o autor alemão, esses critérios seriam heranças do positivismo legalista exegético.

Assim sendo, assumindo o pensamento de Müller, pode-se tentar encontrar indícios dessa insuficiência teórica no conceito de efetividade exposto por Barroso (neoconstitucionalista brasileiro). Conforme este último, a efetividade representa a “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”<sup>39</sup>. Percebe-se, então, que ainda persiste a distinção entre ser e dever-ser, ou seja, a dicotomia ser-dever-ser, uma vez que esses elementos não formam um todo único.

Também encontramos indícios dessa dicotomia ainda existente nas palavras de Sanchís<sup>40</sup>, quando diz que a ponderação tem o objetivo de construir uma regra para subsumir o caso e “el ideal de la ponderación es la subsunción”.

De fato, concretizar a constituição significa encarar um processo de densificação das regras e princípios constitucionais; tal densificação, por sua vez, tem o objetivo de tornar possível a solução de problemas concretos a partir da observação de preceitos constitucionais carentes de significado completo em abstrato<sup>41</sup>.

O que o autor alemão vai fazer é desenvolver uma nova concepção de efetivação do direito que abrange, simultaneamente, os fatores da realidade e da norma, por meio de uma estruturação segundo o âmbito da norma e da idéia normativa orientadora (programa da norma).

É, a partir desses elementos, que o jurista vai “conhecer” a norma. Desse modo, pode-se falar em uma teoria da geração do direito<sup>42</sup>. Nota-se, portanto,

---

<sup>37</sup> MÜLLER, Friedrich.. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.270.

<sup>38</sup> ADEODATO, João Maurício. A concretização normativa: um estudo crítico. In: *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.

<sup>39</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

<sup>40</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 278.

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1165.

<sup>42</sup> CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

que enquanto tradicionalmente os autores neoconstitucionalistas, a exemplo de Alexy, buscam a solução para a dicotomia moderna no âmbito da filosofia (principalmente através da relação direito-moral), Müller, com a sua teoria estruturante, tenta ultrapassar essa dicotomia de maneira mais pragmática, transportando a discussão para o campo da teoria (estrutura) da norma.

### 3.3. Terceiro elemento: legitimidade e limites da atuação do judiciário

Tratar da legitimidade e dos limites da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade é tema caro e fundamental no âmbito de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia, pois, no contexto social caracterizado pela desigualdade real, apesar da existência de uma igualdade jurídica constitucional já formulada há quase um século<sup>43</sup>, tem destaque a reflexão sobre o papel do Estado.

Diga-se, ainda, que nos países de modernidade tardia existe uma democracia apenas formal. O que se verifica é um “divórcio” entre povo e seus representantes, ou seja, esses últimos não se sentem representados. É no âmbito da ciência política, então, que se percebe essa distorção, já que existe uma cisão entre o discurso jurídico e a realidade social e política.

Esse aspecto negativo pode ser ainda visualizado, numa perspectiva brasileira, se se atenta para a inoperância do Legislativo que, mesmo depois de 20 anos de existência da Constituição cidadã, ainda se mantém omissa (total ou parcialmente) em questões relevantes (num país marcado pela desigualdade, não se pode negar a importância de regulamentar o imposto sobre as grandes fortunas, por exemplo).

Desenhado esse quadro, pergunta-se: tem o judiciário (não eleito) a legitimidade necessária para atuar de maneira mais incisiva da realização das promessas há muito positivadas? Veja-se a seguir.

#### 3.3.1. Fundamentos para a atuação do Judiciário

Parte-se da situação dessa urgência, ou seja, da constatação de que, nos países de modernidade tardia, ainda não foram garantidas as condições mínimas para uma existência digna<sup>44</sup> a uma expressiva parcela da população. Isso parece bastante claro. Ou será que alguém poderia afirmar que não existem, por exemplo, no Brasil, milhões de pessoas sem acesso à alimentação adequada, à moradia, a um sistema de saúde eficiente etc.?

A partir desse reconhecimento, defende-se o fortalecimento de um judicialismo de defesa dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, da

---

2007, p. 240.

<sup>43</sup> No Brasil a Constituição de 1934 inaugura o constitucionalismo social.

<sup>44</sup> Refere-se ao núcleo básico de direitos sociais descrito em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 504.

defesa de um Judiciário ativo, que, amparado no conteúdo dirigente da Lei Maior brasileira atual<sup>45</sup>, aja através da justiça constitucional, buscando sempre “a concretização daqueles supremos valores que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática irrealdade”<sup>46</sup>.

Trata-se de uma “novidade”<sup>47</sup> do constitucionalismo moderno, que visa concretizar as normas da Constituição, considerando inaceitável um Estado social e democrático permanecer cego diante das situações de discriminação, marginalização e desvantagem material<sup>48</sup>. Desse modo, o Judiciário dos países de modernidade tardia devem encontrar nas NeoConstituições e nos números da realidade social as bases para essa atuação. É, assim, um trabalho bem localizado no tempo e no espaço: contemporaneidade, países de modernidade tardia.

Sem dúvida, não é sem problemas que se dá essa atuação judicial. O primeiro deles diz respeito ao princípio da separação dos poderes inicialmente posto por Locke e aprofundado por Montesquieu, que foi fundamental para o amadurecimento e sucesso do Estado liberal.

Para alguns, ao prevalecer a tese de um Judiciário ativo, estar-se-ia diante de um desrespeito ao referido princípio. O Judiciário, por essa via, estaria atuando numa esfera política reservada ao legislativo.

Certamente não cabe nesse espaço uma longa discussão sobre o tema, porém se deve dizer que vários autores<sup>49</sup> propõem uma releitura desse princípio que perderia a rigidez inicial. Assim, seria possível uma oscilação política para a igualdade, característica dos Estados sociais e democráticos.

Para Bonavides<sup>50</sup>, a superação dessa visão tradicional do referido princípio deve ocorrer em nossos dias para evitar que seja a “contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia [...]”.

De acordo com Emerson Garcia<sup>51</sup>, essa visão tradicional do referido

---

<sup>45</sup> Sobre o conteúdo dirigente da Constituição brasileira na atualidade ver debate em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p, 131.

<sup>47</sup> Cf. REIS, José Carlos Vasconcelos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244-245.

<sup>48</sup> ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari. *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 95.

<sup>49</sup> Dentre outros, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66-73 e CANOTILHO, *op. cit.*, p. 114.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p 64.

<sup>51</sup> GARCIA, Emerson O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio

princípio não se mostra mais adequada considerando as mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder, em especial em decorrência da própria produção normativa pós-positivista que passa a reconhecer o caráter normativo dos princípios jurídicos.

Pode-se ir mais longe e assegurar que a atuação dos Tribunais na América Latina na concretização dos direitos sociais seria legitimada por certo desencantamento com a política presente, decorrente da existência, ainda na atualidade, da pobreza em larga escala na região.

Essa decepção, que legitimaria o Judiciário a atuar na concretização de direitos sociais, é semelhante à verificada na Alemanha depois das barbaridades da II Segunda Guerra, que, por sua vez, garantiu a legitimidade da própria justiça constitucional materialmente considerada naquele país<sup>52</sup>.

Assim, a atuação mais incisiva do judiciário latino-americano na realização das promessas sociais positivadas encontraria fundamentação na realidade social de extrema desigualdade e pobreza.

Assim, afirma-se que se busca nas Neoconstituições e na realidade social desses países a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário. Lembrando que, se os tribunais não possuem uma legitimidade democrática formal, têm uma legitimidade democrática substancial, já que asseguram direitos fundamentais<sup>53</sup>.

No Brasil, por exemplo, essa releitura teria como pilar a Constituição cidadã de 1988, que, por sua vez, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (Art. 1) e, como objetivos, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (Art. 3).

Pode-se dizer, ainda, que a nova leitura do princípio é, portanto, fruto da chamada “eticização”<sup>54</sup> da Constituição, característica do modelo neoconstitucionalista, ou, pelo menos, é uma idéia aceita por boa parte dos autores neoconstitucionalistas.

Nesse contexto, a Constituição – que é uma lei positiva – atuaria como uma ponte entre os valores ético-políticos da coletividade nacional e internacional expressos pelo direito internacional dos direitos humanos e o direito positivo dos Estados.

Por fim lembra-se que contribui para a aceitação dessa nova leitura

---

Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 965.

<sup>52</sup> ROSENFELD, Michael. O julgamento constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 261.

<sup>53</sup> Cf. YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista internacional de direitos humanos*. v. 6, p. 66, 2007. Disponível em: <www.surjournal.org>. Acesso em: 14 set. 2007.

<sup>54</sup> PORTINARO, Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 482-483.

do princípio da separação dos poderes, em época de constitucionalismo social e democrático, o entendimento da função republicana da Jurisdição Constitucional. Significa resgatar o conceito clássico de república como sendo algo de todo o povo, não podendo ser de uma de suas partes, nem mesmo se essa for a maioria. Essa concepção clássica opõe-se àquela característica dos séculos XVII e XVIII, que vai entendê-la como o oposto da monarquia.

Portanto, é um termo que “indica una concepción de la vida colectiva”, enquanto que a democracia “es una especificación que se refiere a la concepción del gobierno”<sup>55</sup>. Dessa maneira, é possível entender a atuação do judiciário como republicana, e, portanto, em nome de todos. Assim, é possível conciliar a idéia de democracia, ligada, principalmente, ao parlamento e à idéia republicana, dentro de um mesmo sistema constitucional.

Desse modo, ao atuar na fiscalização da constitucionalidade, os Tribunais estariam atuando em nome de todos. Defender a atuação dos tribunais na defesa e concretização de direitos fundamentais não significa, pois, sustentar que o poder judiciário seja superior ao legislativo, mas sim – como disse Hamilton<sup>56</sup> – que o poder do povo é superior a ambos (*the power of people is superior to both*).

A conclusão que se chega ao seguir a idéia republicana é a de que, por mais que se deva questionar os limites da atuação do Judiciário, ela, em teoria, é sempre legítima quando o Judiciário atua na defesa e concretização dos direitos fundamentais positivados nas Constituições contemporâneas em nome do aumento da densidade do princípio da dignidade humana.

### 3.3.2. Limites

Seguindo a linha de raciocínio já delineada acima, diz-se que o direito na atualidade se abre ao concreto, superando a abstração que o caracterizou na modernidade. Assim, deve-se reconhecer que teorizar em abstrato sobre os limites dessa atuação do judiciário é tarefa bastante difícil. Certamente isso não significa dizer que esses limites não existam, afinal de contas uma completa judicialização da vida representaria um retrocesso se se considera todas as conquistas modernas ligadas, principalmente, à liberdade.

Porém, não se pode deixar de perceber que a atuação do judiciário nos chamados países de modernidade tardia deva seguir um caminho diferente daquele a ser trilhado nos países que não estão na periferia da ordem internacional, ou seja, os países que conseguiram fechar os ciclos históricos constitucionais modernos: liberal e social.

Em síntese, significa dizer que as respostas sobre o papel do judiciário na realização constitucional podem e devem variar de acordo com a realidade

<sup>55</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 101.

<sup>56</sup> Apud BITTENCOURT, Lúcio C. A. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 69.

social que funda e justifica o ordenamento jurídico. Portanto, se na Europa se fala inclusive no rebaixamento dos direitos sociais que seriam considerados “serviços sociais”<sup>57</sup>, essa mesma afirmação nos países de modernidade tardia se mostra absurda.

Nada disso, porém, justifica uma não reflexão sobre os limites da atuação do judiciário, para se evitar o chamado “governo dos juizes”, temido principalmente em épocas de positivismo forte (veja-se, por exemplo, Kelsen vs. o movimento para o direito livre no início do século passado).

A proposta a ser formulada no âmbito de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia para a construção de parâmetros norteadores da atuação do judiciário deve passar pelo reconhecimento da satisfação das necessidades básicas. Ou seja, seria legítima toda a atuação Estatal (também do judiciário) que encontre respaldo constitucional e tenha como objetivo a satisfação das necessidades básicas.

Aqui, prefere-se a expressão “necessidades básicas” a “mínimo existencial”, em decorrência da lição de Potyara<sup>58</sup> ao afirmar que enquanto o básico “expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta”, o mínimo “nega o ‘ótimo’ de atendimento”.

Portanto, “o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao ótimo.” Além disso, afirma que as necessidades básicas “estão na base da concretização de direitos fundamentais por meio das políticas sociais”.

Ainda no que diz respeito à legitimidade da atuação do judiciário, deve-se lembrar que ela resta fortalecida, nos termos acima colocados, se se considera que a justiciabilidade é mais restrita do que a exigibilidade. Ou seja, se se entende a justiciabilidade de direitos como a cobrança pela efetividade de direitos via judiciário, pode-se concluir que ela representa uma das maneiras de se exigir essa efetividade/concretização. Ou seja, a justiciabilidade é a espécie da qual a exigibilidade é o gênero. Significa reconhecer, mais uma vez, os limites da atuação do judiciário na concretização de direitos, lembrando que se está diante de um problema que não se contém no âmbito exclusivo do judiciário.

Porém, e para finalizar, deve-se dizer que se é difícil teorizar em abstrato sobre os limites da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade nos países de modernidade tardia, deve-se reconhecer, a partir da observação da realidade social desses países, que essa atuação ainda encontra um espaço aberto, longe ainda de atingir esse limite de prudência.

<sup>57</sup> BARBALET, Jacques. Cf. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Note-se que essa construção foi pensada antes da atual crise financeira internacional que afeta os países desenvolvidos na atualidade.

<sup>58</sup> POTYARA, A. P. Pereira. *Necessidades humanas: subsídio à crítica dos mínimos sociais*. 5. ed. São Paulo: Cortez, p. 26-27.

Por esse motivo, nunca é demais afirmar que se busca, na Constituição e na realidade social nacional e regional, a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário. Essa atuação busca legitimidade na idéia de uma democracia substancial capaz de garantir uma igualdade material.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, atualmente, a necessidade de se pensar paradigmas teóricos adequados à realidade dos países da periferia mundial. No que diz respeito ao constitucionalismo e, especialmente, à Teoria Constitucional, verifica-se que se deve buscar um modelo adequado capaz de realizar as promessas já desde muito tempo constitucionalizadas.

Nesse contexto, tem importância perceber a insuficiência do referencial teórico positivista para o equacionamento dos problemas sociais e complexos da sociedade contemporânea, especialmente nos países de modernidade tardia que nunca cumpriram os ciclos do constitucionalismo moderno.

Assim, pode-se afirmar que não existe um mundo político totalmente apartado do mundo jurídico e a formulação teórica que se preocupa com a concretização das promessas de modernidade deve, necessariamente, atentar para essa realidade.

Pode-se apontar como fundamento dessa necessária reformulação filosófico-teórica, a crítica ao plano de modernidade liberal, fundado na filosofia das luzes e, posteriormente, umbilicalmente ligado ao positivismo.

Apontam-se então, como fragmentos de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia, alguns elementos na tentativa de contribuir para a formação desse paradigma. São eles construídos a partir das seguintes constatações:

a. Da necessidade da abertura do direito ao concreto, superando a abstração do direito de bases iluministas. Isso é verdade, principalmente se se entende como tema importante da teoria-filosofia do direito a questão da justiça, que se materializa nos casos concretos;

b. Da necessidade de se ressaltar a dimensão objetiva na teoria de direitos fundamentais, especialmente se se considera a nova realidade dos direitos sociais, que muitas vezes não podem ser traduzidos em termos de direitos subjetivos. Trata-se, muitas vezes, do reencontro moderno com os “deveres” ou, ainda, de avançar no sentido de fundar uma era “dos direitos e deveres”. Ainda se pode dizer que essa mudança significa uma tentativa de superação do individualismo moderno;

c. Da necessidade de se reconhecer a impossibilidade de existência de uma razão “absoluta” no direito nos moldes da razão instrumental iluminista e nos moldes da razão buscada pelo positivismo quando, por exemplo, tentou buscar no âmbito da hermenêutica jurídica métodos e técnicas “objetivos” de interpretação. É nesse contexto que tem destaque toda a teorização acerca da racionalidade no processo de ponderação,

das técnicas argumentativas e outras reflexões, como a de Muller, que tem o objetivo de buscar uma razão possível a partir do ambiente pós-positivista;

d. Nessa tarefa de fomentar uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia não se pode ficar alheio também as questões relativas ao papel e aos limites da atuação do judiciário na realização desse paradigma, principalmente porque, nesses países, existe uma democracia apenas formal que gera um divórcio entre o povo e seus representantes, além de uma inoperância crônica do legislativo.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y protestos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PORTINARO, Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou

anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POTYARA, A. P. Pereira. *Necessidades humanas: subsídio à crítica dos mínimos sociais*. 5. ed. São Paulo: Cortez, p. 26-27.

PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? In : *Problemata*, João Pessoa, v. 2, n. 1, p. 77-94, 1998.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Del Rey, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de sociologia*. V.2. Rio de Janeiro: Globo, 1965.

STRAUSS, Leo. *Derecho natural e historia*. Espanha: Circulo de Lectores, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como é ainda válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.) *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VAREJÃO, Marcela. As sentenças sobre a ocupação de terra no Brasil de 1985 a 2003. In: *Verba Júris*. Ano 6. Número 6. 2007, p. 87 - 146.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista internacional de direitos humanos*, v. 6, p. 66, 2007. Disponível em: <[www.surjournal.org](http://www.surjournal.org)>. Acesso em: 14 set. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.



# O RECURSO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL

---

*Veruska Sayonara de Góis<sup>1</sup>*

## RESUMO

O recurso visa à proteção da segurança e foi inserido no âmbito das garantias na Constituição Federal de 1988. Através de pesquisa bibliográfica e documental, pesquisa-se a possibilidade de restrição da garantia. Na CF, não há delimitação dos direitos e garantias, que aparecem como híbridos, inexistindo um regime claro diferencial. A definição de garantia não auxiliaria no desenho das limitações necessárias ao recurso. Assim, a metódica de sopesamento aparece como possibilidade de sustentar as diversas e colidentes posições jurídicas de cunho constitucional, utilizada com a teoria geral das limitações derivadas da Constituição. Verifica-se que o recurso é passível de restrição, através de lei infraconstitucional e ponderação frente a outros bens constitucionalmente assegurados.

## Palavras-Chave

Recurso. Garantia. Restrições constitucionais. Sopesamento.

## ABSTRACT

The appeal aims to protect the safety and was placed under safeguards of the Federal Constitution of 1988. Through bibliographic and documentary search, research the possibility of limiting the guarantee. In CF, there is no definition of rights and guarantees, which appear as hybrids, absence a clear differential scheme. The definition of security not help in the design of the limitations necessary to appeal. Thus, the method of balancing appears as able to sustain the various positions and colidentes legal of constitutional nature, used with the general theory of the limitations derived from the Constitution. It appears that the appeal is subject to restriction by law infraconstitucional and weighting front of other values constitutionally guaranteed.

## Key-words

Appeal. Guarantee. Constitutional restrictions. Balancing.

---

<sup>1</sup> Professora da Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade do Rio Grande do Norte (UERN). Advogada. Mestre em Direito Constitucional (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN). E-mail: veruskasayonara@uern.br

## 1. INTRODUÇÃO: O RECURSO COMO GARANTIA

O reconhecimento dos direitos fundamentais em dupla dimensão, de cunho subjetivo e objetivo, tem levado à ampla reestruturação dos diversos ramos da ciência jurídica. O ramo do direito processual, muito jovem, beneficia-se do momento para reavaliar seus pilares e redefinir seus institutos e limites.

Propugna-se mesmo pela criação de uma nova área, intermediada pelos saberes da Constituição e do processo, mas com autonomia, ou objeto próprio. A indefinição conceitual começa no nome e prossegue até o objeto. De qualquer maneira, o momento é de reflexão e mudanças na compreensão do processo.

O recurso é categoria que visa à proteção da segurança jurídica e da defesa. Sua natureza jurídica é a de ação, abstratamente considerada. Mas qual a sua definição no âmbito do sistema constitucional de direitos, liberdades e garantias? E qual a possibilidade de sua limitação pelo legislador infraconstitucional, em termos constitucionais, ou, diga-se, na perspectiva da constitucionalidade?

Essas são as questões suscitadas no presente trabalho, a serem respondidas com apoio em pesquisa bibliográfica e documental. As possibilidades metodológicas são apresentadas e exploradas, a saber, a teoria das restrições *lato sensu*, classificando-se em limitações diretamente constitucionais, limitações indiretamente constitucionais (remissão à lei através de reserva legal simples ou qualificada) e limites imanentes (não autorizados expressamente na Constituição, contemplando-se os direitos dos demais, a cláusula de comunidade e o apelo à interpretação sistemática).

Os recursos constituem importante capítulo da ciência do direito processual. Conquanto essa ciência seja muito jovem, tal capítulo é campo de muitas divergências doutrinárias, dispondo-se de poucas certezas. Somente há cerca de um século, é que a autonomia da área vem sendo firmada, sendo suas categorias fundamentais a ação, a jurisdição e o processo.

A partir da compreensão efetiva da Constituição como documento hierarquicamente superior do ordenamento jurídico, e dos direitos fundamentais como estruturantes desse ordenamento, novas dificuldades são postas. Uma delas diz respeito à discussão dos limites postos aos recursos.

À qual área caberia verificar o cabimento das delimitações do instituto? A pergunta ganha relevo com a amplitude dos estudos de jurisdição constitucional e princípios constitucionais do processo, gerando as disciplinas Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. Não há consenso sobre a que ramo se adjudica qual objeto, ou seja: qual o domínio do campo científico de tais disciplinas, referindo-se os objetos *lato sensu* a: (a) princípios conformadores do processo e (b) jurisdição constitucional.<sup>2</sup> No âmbito do primeiro, encontramos nossa preocupação, a saber, a posição do recurso no sistema constitucional,

<sup>2</sup> Conferir abordagem da divergência doutrinária e uma possível nova classificação em: DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 79-135.

e a constitucionalidade de sua restrição.

Recurso dá a idéia, em termos processuais, de impugnação, correspondente ao ato de se insurgir contra decisão judicial. Etimologicamente, a palavra recurso vem do latim *'recursus'*, trazendo a idéia de voltar atrás – o reexame da questão decidida, a rediscussão da matéria<sup>3</sup>.

As justificativas dadas para os recursos são variadas. Vão desde a insatisfação e incômodo psicológico das partes, passando pelo controle da atividade dos juízes e indo até a tutela do ordenamento em termos objetivos. Um apanhado das justificações é encontrado em Pontes de Miranda:

Nem sempre as resoluções judiciais – sentenças, decisões ou despachos – são isentos de faltas ou defeitos quanto ao fundo, ou sem infração das regras jurídicas processuais concernentes à forma, ao procedimento. Desinteressar-se-ia o Estado da realização do seu direito material e formal, se não desse ensejo à correção de tais resoluções defeituosas, ou confiaria demasiado na probabilidade de acerto do juiz singular, ou do tribunal de inferior instância. (...) Na finalidade do recurso está interesse das partes, ou legitimados a recorrer, e interesse geral, porque o Estado tem empenho em que se realize o direito objetivo e se faça justiça<sup>4</sup>.

Como se tem dito com relativa frequência, o processo tem por escopo a realização dos bens jurídicos, não esquecendo que ele próprio tem uma dimensão substancial.<sup>5</sup> Entre esses bens, encontra-se toda a matéria referente aos direitos fundamentais. O processo é, mais do que instrumento, direito de participação e de efetivação das liberdades e posições jurídicas constitucionalmente garantidas.

Por essa razão, o processo necessita de um controle eficaz, em vista de seu cunho publicístico, importando ao Estado seu desenrolar e resultado. Assim, a categoria processo ganha relevo com a tessitura da legalidade hodierna - acerca das normas como princípios e regras e a cláusula do devido processo legal - ou constitucional.

O recurso integra esse composto principiológico, vez que é parte do íter processual, sendo-lhe endógeno. “O traço marcante dos recursos é o de que a revisão do pronunciamento judicial opera-se no âmbito do próprio processo (...) a revisão é endoprocessual”.<sup>6</sup> O que nos leva a uma possível delimitação das características ou do conceito de recurso.

Em geral, admite-se que recurso é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de

<sup>3</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 279.

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 4.

<sup>5</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 137, jan/mar 1998, p. 15.

<sup>6</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, Vol. III, p. 8.

decisão judicial que se impugna”.<sup>7</sup> As características ressaltadas são a voluntariedade, a dinâmica processual que se estende, a natureza de impugnação e os seus objetivos quanto à decisão.

Mais complicado se torna discutir a natureza jurídica do recurso, embora boa parte da doutrina se incline pelo “aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa”<sup>8</sup>. Os recursos seriam uma extensão do próprio direito de ação, dessa maneira.<sup>9</sup>

Mas parte dos estudiosos encara o recurso como possuindo natureza específica, algo distinto em si mesmo, e diferindo do direito de ação. Frederico Marques entende o recurso como direito subjetivo processual, distinto da ação quanto às características ontológicas, fins e objetivos.

Apesar disso, admite que “o direito de recorrer é um direito que se insere no desdobramento dos atos processuais cuja prática resulta do direito de ação ou do direito de defesa”.<sup>10</sup> Parece confundir, assim, natureza jurídica com similaridade dos institutos. Na mesma linha, posição de J. E. Carreira Alvim:

Realmente, o recurso tem individualidade própria (direito de recorrer), com pressupostos específicos, mesmo porque, muitas vezes, alguém está legitimado a interpor recurso, sem que o estivesse para propor a ação, sendo o recurso de terceiro prejudicado (art. 499 do CPC) disso um irrefutável exemplo. Ação e recurso são dois direitos distintos, que se inscrevem no rol dos direitos subjetivos processuais<sup>11</sup>.

Isso é nada dizer, na realidade. O direito de ação, como direito público subjetivo tem natureza autônoma e abstrata, desvinculada da materialidade do direito reclamado. Essa desvinculação coloca em dúvida a teoria de Liebman das condições da ação, por se ligarem ao mérito – a menos que se trabalhe na perspectiva da asserção, na qual o juiz verifica as condições no momento da proposição.

Por mais que a ação se distinga do recurso, ao se falar de ação autônoma, temos que a diferença de configuração dos institutos não afeta a natureza jurídica similar. Falar em natureza jurídica implica encontrar um *corpus* ontológico basilar, que lhes caracterize e dê razão de ser. Esta também é a posição de Câmara:

Tendo-se em mira que a interposição de um recurso constitui-se em ato de exercício do poder de ação, e que esse meio de impugnação

<sup>7</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 207, vol. V.

<sup>8</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães et al.. *Recurso no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 32.

<sup>9</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues et al.. *Curso avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 516, vol. I.

<sup>10</sup> MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 213, Vol. IV.

<sup>11</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 301.

das decisões judiciais implica o desenvolvimento do processo perante o órgão competente para sua apreciação, entendemos adequado considerar que se aplicam aos recursos, devidamente adaptados, os conceitos de ‘condições da ação’ e de pressupostos processuais. Em outros termos, o que se quer aqui é afirmar que os requisitos de admissibilidade dos recursos dividem-se em ‘condições dos recursos’ e pressupostos recursais.<sup>12</sup>

O que se quer dizer é que a estrutura externa diferente não é suficiente para que se sustente a divergência dos institutos. Até melhor se faria em considerar, com Couture, a aproximação da ação ao direito de representação, e expressão típica do direito de petição. De forma que *“la acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”*.<sup>13</sup>

A correta apreensão da natureza jurídica se relaciona à sua configuração no ordenamento jurídico, no sentido de relacionamento com outras normas e possibilidade de compressão em um âmbito constitucional. A tutela constitucional do próprio direito de ação sinaliza as possíveis procedimentalizações pelo legislador infraconstitucional.

No constitucionalismo contemporâneo, a interpretação sempre se liga à Carta Constitucional, de forma que a própria Constituição é um molde de organização ou procedimento, indicando os contornos do sistema. O sistema abarca o conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos.

Essa configuração se cristaliza através de modelos processuais, unicizados no tempo e no espaço. O modelo constitucional do direito processual civil brasileiro compreende, para fins de estudo, quatro divisões: os princípios constitucionais do direito processual civil, a organização judiciária, as funções essenciais à Justiça e os procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados.<sup>14</sup>

O modelo brasileiro de processo cunha-se na Constituição, que privilegia a inafastabilidade do Judiciário (possivelmente a cláusula genérica do direito de ação), a jurisdição una, as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos inerentes.

<sup>12</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, Vol. II, p. 68.

<sup>13</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 57.

<sup>14</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *O modelo constitucional do direito processual civil*. Anais da 7ª semana brasileira de direito processual civil e penal. Florianópolis. 2008, p. 3.

## 2. O MODELO BRASILEIRO GARANTÍSTICO E O PROCESSO

O recurso aparece em um sistema acentuadamente garantista e publicicístico.<sup>15</sup> A cláusula do devido processo legal, um aspecto muito estudado, parece reunir esse rol de proteção constitucional. Tido como a garantia das garantias, o devido processo legal nasce com feição processual, e na Inglaterra, passa a ser caracterizado como o trinômio 'vida – liberdade – propriedade', por servir de proteção contra os arbítrios.

Aceita-se, atualmente, a concepção da garantia como bipartida em *substantive due process* e *procedural due process*. Essa dupla acepção abarca a atuação com respeito à criação das normas de direito material e a tutela processual de direitos. Para Grinover, o conteúdo da cláusula, no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa, em juízo, tanto no sistema do direito costumeiro como no positivado.<sup>16</sup>

Para outros doutrinadores, essa fórmula funciona como fechamento do rol de garantias e exigências constitucionais referentes ao processo.<sup>17</sup> Estas previsões são amplíssimas, e envolvem: legalidade (segurança da igualdade), juiz natural (competência posta na CF e nas leis de organização judiciária), contraditório e ampla defesa (dialeiticidade e participação: direito à paridade de armas – direito à prova lícita e a influir no convencimento do magistrado).

Fala-se, com Mauro Cappelletti, no direito ao acesso à justiça e na jurisdição constitucional das liberdades, o que implica a prestação social do direito a uma ordem jurídica justa, consistente em defesa técnica adequada. A jurisdição constitucional das liberdades toca à possibilidade de concretização dos direitos constitucionais por todos os juízes, assim como à declaração de constitucionalidade das leis no caso concreto. O rol de proteção é expansivo, diverso e complexo, mas a mera previsibilidade constitucional não basta para sua adequada concretização.

A tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o 'devido processo legal'. Como vimos, o processo é instrumento de atuação da Constituição e o binômio processo – Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade. O direito não deve ficar a mercê do processo, nem sucumbir diante

<sup>15</sup> "O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. (...) Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. (...) o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estrutura-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça", BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, p. 768.

<sup>16</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 40.

<sup>17</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264 Vol. I.

da inexistência ou insuficiência deste. O objeto da garantia constitucional deve ser a possibilidade concreta e efetiva de obter a tutela e não a simples reafirmação do direito à sentença<sup>18</sup>.

A questão da diferenciação entre sentença e tutela diz respeito à execução da sentença e efetividade do processo, ou seja, à proteção do bem da vida. A efetividade do processo tem sido a principal preocupação dos processualistas,<sup>19</sup> pelo fato de o direito de ação cobrir a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Ou seja, os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. Tamanha é a complexidade desse direito que, para Marinoni, ele é construído na processualidade dinâmica, envolvendo os múltiplos aspectos protetivos que a Constituição impõe.

“A ação, diante de seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, diz <sup>20</sup>. Segundo Grinover, o direito de ação envolve questões de cunho metaprocessual, com profundas implicações constitucionais<sup>21</sup>.

O que nos leva à ligação inestimável de ação, jurisdição e processo sob a ótica da Constituição. Se, para efeito do nosso estudo, estabeleceu-se o recurso como sucedâneo do direito de ação, agora nos importa caracterizar o recurso no sistema de direitos e garantias fundamentais.

Antes, parece interessante mostrar o caminho da principal referência a recurso feita nas Constituições, a partir da mesma formulação lingüística. Aparece essa fórmula protetiva, inicialmente, na seara penal. Praticamente, em todas as cartas constitucionais, estabelece-se o direito à ação, em alguns casos, na forma de representação.

A redação atual da Constituição atesta, em seu artigo 5.º, inciso LV, que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e RECURSOS a ela inerentes.

Assim, importante perceber que o termo ‘assegurar’ se repete, em uma tônica de

<sup>18</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 99.

<sup>19</sup> “Tentativas de soluções para esses problemas, verdadeiros óbices à efetividade da tutela jurisdicional, têm sido a grande preocupação dos processualistas. A ciência processual deixou de ser um conjunto de princípios e regras técnicas apenas, para assumir caráter nitidamente instrumental, com a preocupação voltada para os fins a serem alcançados pelo processo. O estudo dos meios só se justifica, na medida em que contribua para atingir resultados mais efetivos, eliminando a crise do processo, crise essa representada pela ineficiência do instrumento em relação a seus escopos”. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro, p. 3. Disponível em: [www.direitoprocessual.org](http://www.direitoprocessual.org)

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 221.

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 74.

segurança, asseveração, garantia. A garantia é instituto constitucional, que se põe acerca do direito, fortalecendo-o. Tem, pois, cunho instrumental. Clássica e assaz repetida é a postulação de Ruy Barbosa, para quem a confusão entre direitos e garantias desvia-se sensivelmente do rigor científico.

Direito, dessa maneira, seria a faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos, enquanto a garantia ou segurança de um direito seria o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados<sup>22</sup>. Admite, porém, certo grau de dificuldade de identificação, fornecendo um critério para sua resolução.

Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução “garantias constitucionaes”. Mas a accepção é obvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuralortas, que são as que, em defeza dos direitos, limitam o poder. Aquellas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito<sup>23</sup>.

Praticamente não é outra a noção de Jorge Miranda, ao dizer que os direitos representam só por si certos bens, já as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; classificando os direitos como principais e as garantias como acessórias e de cunho adjetivo<sup>24</sup>.

Parece, então, que o recurso aparece no sistema protetivo de direitos fundamentais como garantia do direito ao processo, ou ao devido processo legal. Como já dito, a forma de externalidade e sua unicidade estrutural não lhe retiram a natureza jurídica de ação.

Nem se perde a identidade pelo fato da ação constar como direito e o recurso como garantia. As formas diferenciadas confirmam a individualidade dos institutos enquanto processuais, embora se enquadrem na mesma categoria do ponto de vista de uma teoria jurídica geral.

O garantismo tem sido uma doutrina bastante desenvolvida pelos estudiosos italianos. No Brasil, as noções de direito e garantia estão imbricadas, salientando-se principalmente o carácter instrumental destas últimas. Em termos práticos, a Constituição não parece ter diferenciado, pois determina preceitos para direitos e garantias na sua estrutura de norma de direito fundamental.

Assim, ambas as categorias, pela previsão constitucional, são auto-aplicáveis, de modificação mais rigorosa pelo legislador (poder constituinte

<sup>22</sup> BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*, p. 186.

<sup>23</sup> Idem, p. 187.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV, p. 88-89.

derivado) e protegidas de emenda tendente à sua abolição. Em termos práticos, os estudiosos brasileiros têm elaborado essas questões complexas com certa dificuldade.

Diante dessas questões, é relevante ressaltar que a configuração do recurso como garantia não se confunde com a garantia do duplo grau de jurisdição, que decorre da forma de estruturação dos órgãos judiciais, determinada na Constituição e nas leis estaduais.

Ademais, conforme Miranda, em sentido amplo, recorrer significa comunicar vontade de que o feito, ou parte do feito, continue conhecido, não se tendo, portanto, como definitiva a cognição operada. "Não supõe devolução necessária à superior instância. Há recursos no mesmo plano funcional da organização judiciária"<sup>25</sup>.

O duplo grau, à exceção do duplo grau obrigatório, realiza-se através do recurso, sem com ele se confundir. O duplo grau de jurisdição pode ser visto como princípio atinente aos recursos, mas em diversas passagens, a própria Constituição limita esse princípio. O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, já se manifestou.

Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".<sup>26</sup>

<sup>25</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, Tomo VII, p. 4.

<sup>26</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC.SCLA.+E+79785.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 24/07/2008.

O Pacto citado (São José) prevê o duplo grau, nos termos de que toda pessoa acusada de delito tem direito à presunção de inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa; assim como tem direito, durante o processo, em plena igualdade, à garantia mínima de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (Garantias judiciais, 2, h).

É de lembrar, entretanto, que o princípio do duplo grau de jurisdição é o que possibilita o controle da atividade do magistrado, uma vez que a sentença é conhecida por outro órgão. Contudo, prevalece entendimento (jurisprudencial, doutrinário e legal, a partir da Constituição) de que o duplo grau não se erige em garantia constitucional.<sup>27</sup>

Como já dito, não há que se confundir a garantia do recurso com garantia de duplo grau de jurisdição. “Prever a possibilidade de interposição de recursos aos tribunais superiores não é o mesmo que garantir o duplo grau”.<sup>28</sup>

Firmada a posição de que o duplo grau de jurisdição não constitui garantia, resta que ele é forma estrutural de organização da justiça, e princípio da teoria recursal, passível de restrição em ambas as concepções. Isso porque a Constituição prevê hipóteses em que a instância originária é tribunal superior, sem órgão hierárquico acima. E no tocante aos recursos, sabido que o duplo grau se efetiva pela dinâmica recursal, sem se confundir com pressuposto de caracterização de recurso, uma vez que há possibilidade de recorrer para o órgão emanador da decisão.

### 3. POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO AO RECURSO PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL

A configuração do recurso como garantia leva à questão da possível restrição no sistema de direitos fundamentais. Pergunta-se: o regime de restrição das garantias é diferente, dada a sua natureza peculiar de instrumento ou técnica<sup>29</sup> assecuratória que tutela o direito fundamental?

Ao elaborar critérios tendenciais do sistema dos direitos, liberdades e garantias, Canotilho aponta para a construção de um regime jurídico-constitucional especial, onde se destacam o critério do radical subjetivo, referindo-se os direitos ao homem individual, a natureza defensiva e negativa desses direitos, apontando para as variadas funções dos direitos, a determinação constitucional do conteúdo (determinação de conteúdo por opções constitucionais), e a aproximação tendencial dos direitos, garantias e liberdades.

<sup>27</sup> Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues et al., *op. cit.*, p. 525.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 51.

No último critério, tem-se a similaridade dos traços que envolvem direitos, liberdades e garantias, que implicam em pretensões subjetivas diretamente aplicáveis e de conteúdo delimitado constitucionalmente. Apesar de se aproximar aqui o regime do direito e da garantia, é o próprio autor que realça a inexistência de conexão necessária entre uma pretensão jurídica autônoma e sua justiciabilidade.

Isso porque não se confunde a existência do direito com a existência da garantia, mesmo com o grau de eficácia e concretude possíveis. Nessa concretização, advinda da persecução de um interesse autônomo e individualizado, é que se revela “a garantia jurídica proporcionada pelo direito (...) na plenitude de sua dimensão subjectiva”<sup>30</sup>.

Chama-se atenção a esse ponto porque pode parecer questionável, teoricamente, um direito fundamental insuscetível de justiciabilidade, dado o teor normativo que envolve o direito fundamental, e ainda mais quando se trabalha com a categoria garantia, cuja função é auxiliar a concretização dos direitos.

Lembramos a garantia primária de Ferrajoli,<sup>31</sup> relacionada à noção kelseniana de direito subjetivo (o direito subjetivo de uma pessoa é correspondente à obrigação de outra).<sup>32</sup> Tem-se resolvido isso na anuência de que existem direitos sem garantias, o que não devemos, por hora, aprofundar.

Em uma aproximação com as garantias, é de se perguntar qual o limite de sua semelhança com os direitos e quais as diferenças que aprovariam um tratamento diferente. Ferrajoli aponta uma distinção importante entre os direitos e garantias, quando cita os direitos como normas de reconhecimento de posições jurídicas, e as garantias como as obrigações e proibições correspondentes à proteção do direito.<sup>33</sup>

Conforme Ruy Barbosa, “ora, uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança”.<sup>34</sup> Isso se harmoniza com a concepção do recurso como garantia ligada à defesa no âmbito do processo, ou seja, relacionada à possibilidade de reagir, impugnar, reclamar. A idéia de defesa também se relaciona à noção de segurança, típica

<sup>30</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 395-396; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 102.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 61.

<sup>32</sup> “Há, então, duas dimensões que cabe relevar na garantia jusfundamental e cujos contornos serão, a seguir, delineados: uma dimensão objectiva, que resulta essencialmente na garantia jurídica de um bem proporcionada pela imposição de deveres jurídicos objectivos ao Estado e uma dimensão subjectiva, que resulta da garantia jurídica, ainda que muito diferenciada, de uma posição de vantagem individual na fruição dos bens protegidos de direitos fundamentais”. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 56.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 63.

<sup>34</sup> BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, p. 182. Disponível em: biblioteca digital do STJ.

reclamação dos recorrentes. Na doutrina italiana, encontramos algumas distinções em termos de conseqüências práticas no tocante a essas distinções. Diz Ferrajoli:

Entiendo por «garantía constitucional», según el uso de este término que aparece en el título VI de la Constitución italiana, su ubicación en el vértice del sistema de fuentes y la consiguiente rigidez asegurada a las normas constitucionales por dos instituciones conectadas entre sí: por un lado, su sustracción a las formas de producción establecidas para la legislación ordinaria y la creación, mediante normas de nivel superior, de procedimientos de revisión agravados (art. 138); y, por otro, el sometimiento de las leyes ordinarias al control jurisdiccional de legitimidad constitucional en virtud del cual, en caso de incoherencia de sus contenidos o significados con los de las normas constitucionales, no prevalecen las primeras sobre las segundas, merced al principio *lex posterior derogat priori*, sino que son inválidas y por tanto pueden ser anuladas según el principio *lex superior derogat inferiori* (art. 134). La garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador.<sup>35</sup>

No caso do regime italiano, teríamos um sistema mais agravado ou rígido para a modificação das garantias constitucionais, ou mesmo sua subtração à ação do legislador, e, ao mesmo tempo, a submissão das leis infraconstitucionais ao controle de compatibilidade com a Constituição, ou controle de constitucionalidade.

Transpondo essa situação para o ordenamento pátrio, veremos que não há diferença do regime aproximado de direitos e garantias proposto por Canotilho. Isso porque se segue a teoria do escalonamento jurídico de Kelsen, sendo a Constituição a norma máxima, ou norma das normas. Tal construção sugere a supremacia do documento constitucional, e a conseqüente rigidez ou dificuldade de modificação de suas normas.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é misto, e contempla a possibilidade de fiscalização concentrada, por um órgão constitucional; ou difusa, com a fiscalização de todos os juízes no caso concreto. As ações são variadas, e a legitimação para interpô-las foi ampliada – apesar da crítica de ausência de participação popular neste controle.

Temos uma norma de garantia desse sistema, abrigada no artigo 60, § 4º, onde se proíbe ao legislador (poder constituinte derivado) a produção de preceitos tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais.<sup>36</sup> Assim,

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 113.

<sup>36</sup> Constituição Federal: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §

parece que tal distinção não se firma como suficiente para um tratamento distinto às garantias.

Os direitos fundamentais, como já exposto, gozam de um regime especial de proteção. Não obstante a tônica do constitucionalismo contemporâneo se manifestar na preocupação com a concretização dos direitos (ou mecanismos que garantam a efetividade das normas constitucionais, em especial, das definidoras de direitos fundamentais), a realidade nos mostra a dificuldade de implementação empírica dessas prerrogativas.

Algumas dessas dificuldades levam em consideração a colisão e a restrição de direitos. De fato, criticável pensar abstratamente em direitos absolutos. Uma vez que os direitos são posições jurídicas garantidas a partir de opções constitucionais, é de ressaltar a abertura da norma à realidade, e a multiplicidade de posições ocupadas na contextura dinâmica da vida.

A preocupação com a constitucionalidade de restrição ao recurso aparece como legítima, anotando-se a aparente inviabilidade de se construir a teoria da limitação pelo viés da natureza de garantia. Assim, propõe-se a análise da restrição pelo critério do regime comum de direitos e garantias.

Falar de restrição a uma garantia fundamental de natureza processual pode soar inapropriado, no momento em que se busca uma compreensão mais ampliada do 'acesso à justiça'. O conceito, explicitado por Cappelletti, diz respeito às três ondas, a saber: 1ª) assistência judiciária aos mais pobres, 2ª) representação dos interesses difusos, e 3ª) concepção ampla de acesso à justiça por meio do conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados no processo, e a relação com interesses sem adequada representação.<sup>37</sup>

Ocorre que essa abertura no enfoque é a mesma que autoriza a falar em restrições, dentro de uma teoria constitucional. No caso, falamos em restrições postas pelo legislador, ou seja, normas que limitam normas. As normas restritivas diminuem ou restringem as posições jurídicas no âmbito dos direitos fundamentais.

Uma diferenciação relevante é a que existe entre restrição e conformação. As regras restritivas seriam sempre conformadoras, mas nem toda regra conformadora seria restritiva, podendo mesmo concretizar o conteúdo da norma, ou tão somente definir ou completar o conteúdo da norma. O recurso à própria Constituição, para definir as possibilidades de restrição, tem se resolvido no sistema de restrições (a) diretamente constitucionais, (b) limitações estabelecidas através da reserva de lei e (c) pelos limites iminentes.

Na primeira situação, a Constituição estabelece os limites, demarcando

---

4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais."

<sup>37</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 31-73.

de imediato o contorno de um direito fundamental. Na segunda hipótese, a Constituição reserva à lei espaço para regulamentar a matéria, através de reserva legal simples (remissão à lei sem especificar condições) ou qualificada (a referência à lei se dá em uma extensão delimitada de possibilidades). Na terceira situação, fala-se em limites imanentes.

O sistema de limitação imanente assenta-se em três pontos: a) nas restrições sem a correspondente norma autorizadora, b) no método de solução de conflitos, e c) na existência de limites às próprias limitações necessárias à solução de conflitos.<sup>38</sup> A ‘cláusula de comunidade’ é utilizada para justificar o sopesamento entre os direitos individuais e os bens jurídicos necessários à existência da comunidade.

Assim, tais “limites imanentes justificar-se-iam em virtude da existência de ‘limites originários ou primitivos’ que se imporiam a todos os direitos: (i) ‘limites constituídos por direitos dos outros’; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes”.<sup>39</sup>

Muito embora se possa considerar a idéia de limites imanentes perigosa, dada a ausência da norma autorizadora, é de se admitir que a existência de um único direito com caráter absoluto poria em risco a existência do sistema de direitos fundamentais como um todo, por ser – jurídica e faticamente – impossível o não entrelaçamento, conflito e conformação dos direitos na arena do cotidiano e da vida prática.

Outras abordagens das restrições são postas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Martin Borowski. Um aspecto da restrição das normas constitucionais é colocado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em uma crítica à classificação de José Afonso da Silva e já no estudo do primeiro modelo de compressão.

Diz que, tecnicamente, normas de eficácia plena e normas de eficácia contida não se diferenciam quanto à aplicabilidade, e sim no tocante à possibilidade de restrição. As normas de eficácia plena seriam revestidas de imunidade quanto à restrição, por assim dizer, normas irrestringíveis. O termo eficácia contida poderia ser substituído por eficácia restringível, devendo a classificação contemplar as seguintes ressalvas: as normas plenamente eficazes e de aplicação desde a vigência (subdivididas em normas plenamente eficazes sem possibilidade de restrição pelo legislador; e as normas de eficácia plena, mas de alcance restringível pelo legislador); e as normas de eficácia limitada e aplicabilidade reduzida.<sup>40</sup>

Tais considerações são feitas para explicar a possibilidade de restrição

<sup>38</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 166.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1238.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.220.

de norma de direito fundamental, conforme o primeiro modelo (mecanismo de aplicabilidade). O segundo modelo é proposto por Martin Borowski, que vê uma clara relação entre a diferenciação teórico-normativa entre regras e princípios e as teorias da restrição.

A questão proposta é: “si uma norma que asegura um derecho es tomada como uma regla, entonces esse derecho es necesariamente um derecho no limitable. Si, no obstante, se trata de um principio, el derecho es necesariamente limitable”.<sup>41</sup> A proposição é claramente baseada no conteúdo indefinido dos princípios, que exigiria complementação. Lembremos aqui que nem sempre a conformação legislativa corresponde à restrição.<sup>42</sup>

A Constituição de 1988 não adotou um modelo estrutural único para as normas de direitos fundamentais, nem distinguiu bem, por meio das disposições, as categorias princípios, direitos e garantias. De fato:

Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético no estudo desse tipo de normas parece depender da consideração de que elas possuem um duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.<sup>43</sup>

Outro item que merece análise é a relação entre os modelos sugeridos. De fato, há pontos em comum. Ambos os modelos partem do pressuposto de que as limitações dependem de um dado da Constituição, perceptível na natureza da norma que se manifeste através da classificação estrutural (regra ou princípio) ou do mecanismo de aplicabilidade (conceito técnico de eficácia). Encontram-se, assim, na necessidade ou dependência de outra norma que lhes dê concretude, possibilidade de facticidade ou realização.

Mas um ponto crucial de entrecruzamento dos modelos parece residir na baixa atribuição de força normativa aos princípios, daí resultando a elasticidade da norma principiológica, que poderia ser moldada. Não por acaso que a referida classificação de aplicabilidade é da lavra de José Afonso da Silva, um autor reticente ao entendimento do princípio como norma.

Entende-os como núcleos de condensação de valores e bens, distinguindo norma de princípio. A norma de eficácia limitada não é mais do que a norma programática ou principiológica. Segundo esse autor:

<sup>41</sup> BOROWSKI, Martin. *La restricción de derechos fundamentales*, p. 39.

<sup>42</sup> O autor em análise tem uma posição diferenciada. Segundo Martin Borowski, configuração e restrição são duas formas diferentes de descrever o mesmo fenômeno. A única diferença estaria no acento posto. Quando se acentua o direito fundamental, fala-se em restrição. Acentuando-se o direito infraconstitucional, falar-se-ia de uma configuração. Cf. Martin BOROWSKI, *La restricción de derechos fundamentales*, p. 54-55.

<sup>43</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 155.

Há, no entanto, quem concebe regras e princípios como espécies de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas. A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de normas e regras, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento. Esse manual não comporta entrar a fundo nessa questão, razão porque nos contentamos com a singela distinção apresentada acima entre normas e princípios<sup>44</sup>.

Canotilho também propõe uma metódica de restrição de direitos e garantias fundamentais, baseado na determinação do âmbito de proteção a partir da análise da estrutura da norma, e na averiguação do tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva. A restrição legal de direitos fundamentais existe “quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma é directa ou indirectamente limitado através da lei”<sup>45</sup>.

Aqui, tentaremos elaborar um esboço das restrições à garantia do recurso com base na Constituição, mediante a atividade do legislador. Não tentaremos estabelecer uma classificação das restrições possíveis, mas tão somente elencar algumas hipóteses constitucionais de restrição pelo legislador infraconstitucional.

A primeira possibilidade de restrição é a colocada pela forma de produção de normas pelo Legislador, que pode permitir a restrição ou proibi-la; independentemente de se considerar a atividade legislativa como configuração ou restrição. Registra-se posição de Martin Borowski, para quem a configuração e a restrição são faces do mesmo fenômeno.<sup>46</sup>

Temos, de pronto, um impedimento ao poder legislativo estadual de elaborar normas acerca de processo,<sup>47</sup> o que inviabiliza a pretensão a limitar a garantia jusfundamental do recurso. Entretanto, compete aos Estados-membros, concorrentemente à União, legislar sobre custas dos serviços forenses, criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas, procedimentos em matéria processual, assistência jurídica e Defensoria pública (CF, artigo 24, incisos IV, X, XI, XIII).

Assim, a tênue demarcação entre processo e procedimento pode dar azo aos Estados-membros a legislar acerca de recursos, em nosso entendimento, podendo resultar em limitação desautorizada constitucionalmente. Por outro lado, a liberdade legislativa encontra azo para limitações aos recursos na própria sistemática dos princípios da República Federativa do Brasil, em especial a dignidade da pessoa

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92.

<sup>45</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1234.

<sup>46</sup> “*Quien pone el acento en el derecho fundamental, habla de una restricción; quien acentua el derecho infraconstitucional, habla de una configuración en el sentido arriba mencionado*”. Cf. BOROWSKI, Martin. *La restricción de derechos fundamentales*, p. 54.

<sup>47</sup> Constituição Federal: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

humana (artigo, 1º, II).

O princípio da dignidade é cláusula aberta que possibilita o sopesamento dos bens jurídicos envolvidos no processo. Assim, permite a limitação aos direitos e garantias fundamentais, para maior concretização prática dessas categorias. Isso porque o processo envolve direitos como bens, e outros valores como tempo e segurança. Assim, é de se ver que limitações são necessárias e razoáveis para que se atinja o escopo do processo.

Embora autores como Marinoni<sup>48</sup> atestem que o processo visa à tutela do direito do autor, parece-nos ser mais correto admitir que o processo tutela o direito do caso concreto, a ser verificado pelo juiz. É que a realidade supera as expectativas abstrativistas, sendo a finalidade do processo dar razão a quem a tem.<sup>49</sup> Exemplifica-se:

Tivemos um processo no nosso tribunal em que as partes já faleceram e foram substituídas pelos espólios; os advogados idem, e foram substituídos filhos advogados; quem julgou a causa pela primeira vez foi o Tribunal Federal de Recurso, que foi extinto; quem proferiu a sentença foi um ministro que está aposentado; quem julgou o feito no TRF-2ª Região, sucessor do TFR, foi um desembargador, já também já aposentado; e, quando foi a julgamento, o Plenário tendia a anular o processo por inteiro. Eu disse, então, que não dava para anular aquele processo, porque, do contrário, nós também íamos ser substituídos pelo nosso espólio, e a causa nunca teria solução. O processo ficou vinte e cinco anos tramitando, espólio em cima de espólio, tribunal sobre tribunal, e só foi julgado por esse meu empenho em mostrar que, afinal de contas, estávamos ali para buscar uma final definitivo para aquela demanda.<sup>50</sup>

Assim, a doutrina admite, de forma pacífica, que o legislador pode restringir os recursos de inúmeras formas, até mesmo sugerindo a supressão de algumas espécies deles. Isso porque a Constituição inseriu, como direito fundamental expresso, a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação (artigo 5º, LXXVIII).

Os recursos são, inegavelmente, garantia que se presta à defesa e à segurança, mas também, em contrapartida, mecanismos de protelação e abuso de defesa. A sistemática processual brasileira prevê muitas espécies de recursos, e sucedâneos processuais com efeito recursal. “O excessivo número de recursos em nosso ordenamento jurídico é motivo de preocupações, uma vez que leva a um interminável trâmite dos feitos pelos Tribunais (...)”.<sup>51</sup>

Assim, cada vez mais se atenta para a desvalorização que a ausência de filtros

<sup>48</sup> “O réu não tem direito à tutela do direito”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.

<sup>49</sup> BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, p. 394.

<sup>50</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Os Princípios Dominantes no Processo Civil e o Sincretismo Processual com vistas ao 3º Milênio*, p. 16.

<sup>51</sup> DIAS, Francisco Barros *A busca da efetividade do processo*, p. 6. Disponível em: [www.jfjb.gov.br](http://www.jfjb.gov.br)

compatíveis com a dignidade da garantia e dos outros bens constitucionais tem trazido aos envolvidos no processo. A extinção de recursos é, assim, restrição possível, desde que razoável, distribuindo-se os ônus e valores da relação jurídica processual.

Também o é a existência de óbices, compatíveis com técnica processual e com a grandeza dos bens constitucionais. “Não é possível também continuar com um processo em que toda decisão é recorrível (...). Há, portanto, que se cuidar de uma forma em que haja seleção das decisões, ou uma boa parcela de recursos sejam retidos”.<sup>52</sup>

Os obstáculos mais comuns são aqueles relacionados aos prazos e aos custos de interposição de recurso. Expressam-se, em regra, por meio dos chamados requisitos de admissibilidade ou pressupostos recursais. Alguns doutrinadores falam de ‘condições dos recursos’. Marinoni, apesar de admitir a restrição de recursos,<sup>53</sup> parece ser refratário à limitação do exercício do direito de ação, ao dizer que “o legislador também não pode impor óbices ao exercício do direito de ação, pois isso configura exclusão da apreciação jurisdicional, ainda que de forma indireta”.<sup>54</sup>

Entendemos que a possível limitação ao recurso se estende à possibilidade de restrição ao direito de ação, ainda mais que o recurso é manifestação do direito abstrato de ação na forma de ação exercida. Esses obstáculos é que não devem ser excessivos, meramente formalistas ou desproporcionais.<sup>55</sup>

Os requisitos dos recursos são divididos doutrinariamente de diversas formas, comumente adotando-se a classificação das condições da ação e dos pressupostos processuais, aplicados aos recursos.<sup>56</sup> Entre as condições da ação (ressalve-se a problematização já feita sobre esse tópico), estão: a legitimidade para recorrer, o interesse em recorrer e a possibilidade jurídica do recurso.

Um dos filtros mais eficientes seria o exame do interesse em recorrer, relacionando-se à necessidade de interposição do recurso e a adequação do recurso interposto. A análise do interesse deve abarcar a possibilidade de sucesso do pedido, tendo em vista as decisões de tribunais superiores. Neste sentido, entende-se constitucional a Lei 11.276/2006.<sup>57</sup> Os poderes do juiz aumentaram e devem ser vistos em consonância com os objetivos de cada instituto. O direito de ação, se amplo, não é desmedido ou ilimitado. Neste sentido:

Essas considerações fariam supor a existência de princípio – a

---

<sup>52</sup> Idem, p. 2.

<sup>53</sup> “Uma lei pode deixar de prever a possibilidade de recurso diante de determinada situação de direito material”, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 312.

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*, p. 4.

<sup>55</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 292.

<sup>56</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, p. 68-69, Vol. II; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>57</sup> Código de Processo Civil: "Art. 518, (...) § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal."

priori – de que “*toda resolução judicial seja suscetível de recurso*”. Esse princípio necessário de recorribilidade de todas as resoluções judiciais não existe. Só existe o princípio da recorribilidade de todas as resoluções que constituam entrega definitiva da prestação jurisdicional (...). É o princípio da recorribilidade das resoluções judiciais relevantes. O problema de técnica legislativa é, então, o de se discriminar o que é relevante e o que é irrelevante.<sup>58</sup>

Tal posicionamento coaduna com a noção de que apenas os provimentos é que são recorríveis, mas deve ser elástico, para abarcar o interesse no sentido de harmonia com as decisões dos tribunais superiores e possível reforma do julgado. Naturalmente, a proposição objetiva a harmonia com os demais valores, mas está a depender de um aprofundamento da teoria das condições da ação, que, por hora, não será realizado.<sup>59</sup>

Sobre os pressupostos como limitações, temos a necessidade de encaminhamento recursal a órgão jurisdicional competente, capacidade processual das partes e regularidade formal do recurso. Embora a construção sistematizada seja construção doutrinária, tais quesitos estão consubstanciados em lei, tocando ao último pressuposto requisitos extrínsecos como tempestividade, preparo e adequação (formalidades).

Fala-se assim, da restrição autorizada pela Constituição, através de remissão direta para configuração pela lei (atuação conformadora - restritiva do Poder Legislativo), e tocou-se na problemática das múltiplas posições jurídicas de direitos fundamentais, entendendo-se que o exercício dos direitos e garantias são mutuamente restringentes. A proporcionalidade é a medida sempre invocada para atuação judiciária, e nesse caso, invocada para verificação de atividade legislativa.

O já cansado princípio da proporcionalidade é mecanismo operativo de verificação de compatibilidade com a Constituição, uma vez que o modelo processual civil é calcado naquele documento. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais atua na imposição de um sistema jurídico sob as normas constitucionais, como cânones estruturantes.

A idéia de proporcionalidade advinda da doutrina alemã comporta três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No núcleo da necessidade, teríamos a proibição do excesso e o meio mais idôneo com a menor restrição possível (ou meio menos gravoso), com sopesamento

<sup>58</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 5.

<sup>59</sup> Conforme comentado, a teoria em questão está sendo amplamente revisada. A teoria da asserção tem sido aceita, direcionando a ligação com o mérito apenas como uma avaliação sumária de admissibilidade no momento inicial do exercício do direito de ação. Atente-se para o fato de que alguns autores já propõem o abandono das condições da ação. Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: JusPodvim, 2008, Vol. I, p. 174.

de possibilidades fáticas.

Na adequação, verifica-se a relação meio-fim, enquanto na proporcionalidade em sentido estrito, teríamos o controle das possibilidades jurídicas, com o equilíbrio de valores e bens envolvidos. Assim, na verificação de limites à garantia do recurso, faz-se muito importante esse último critério, por ser vetor ou cânon de justaposição de valores constitucionais de mesma estatura.<sup>60</sup>

Na problemática proposta, verificou-se que a natureza de garantia ao recurso não o dota de um regime próprio ou diferenciado, mas similar e aproximado ao dos direitos fundamentais. Assim, pode ser limitado pelo legislador infraconstitucional, seja através das remissões diretas (restrições constitucionais, casos em que se limita constitucionalmente o direito), seja através da remissão à lei complementadora (reserva qualificada ou simples). Ainda pode-se trabalhar com os limites imanentes.

Sem se classificar o tipo de restrição, procurou-se, no texto da Constituição, e sob a teoria das restrições acima descrita, identificar alguns casos passíveis de limitação. O exame foi feito considerando-se a natureza de ação e a máxima da proporcionalidade. Conclui-se, assim, que as possibilidades de restrição são utilizadas de forma bastante minimizada, configurando o âmbito da garantia do recurso, atualmente, dotado de elastério que comprime e impede a realização de outros valores - direitos e garantias – constitucionais.

#### 4. SÍNTESE CONCLUSIVA

Partindo da teoria do escalonamento jurídico, que pressupõe a supremacia da Constituição, e da compreensão da tessitura normativa aberta, a teoria jurídica contemporânea tem realinhado as áreas de saber aos princípios constitucionais. Assim, o campo do direito processual também sofre a influência estruturante da norma constitucional, sendo revisada amplamente.

No presente trabalho, atenta-se quanto à natureza do recurso enquanto categoria processual e constitucional. Através de pesquisa bibliográfica e documental, chega-se à noção do recurso como instituto com natureza jurídica de ação, inserida no âmbito das garantias na Constituição Federal de 1988.

O documento legal é quem informa o *status* e a estrutura de suas normas, a partir de suas opções configurativas. Percebeu-se que não há um esforço da Constituição na delimitação desses institutos, que aparecem, não raramente, imbuídos de um hibridismo de difícil elucidação.

Não há um regime claro diferencial, no caso da sistemática de proteção constitucional, no tocante aos direitos e garantias. A garantia diferencia-se, em

---

<sup>60</sup> Cita-se como exemplo posição da limitação ponderada do Supremo Tribunal acerca da lei que limita concessão de liminares. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 10.

relação ao direito, por seu caráter acessório e adjetivo, denotado na formulação lingüística da norma, mas não há disposições que realcem um tratamento distintivo.

Disso, conclui-se que a definição de garantia não auxilia no desenho do âmbito das limitações. Essas restrições são necessárias no contexto de um processo de resultados, atento à tutela dos direitos materiais, sem se desligar das exigências com a dimensão do feixe de prerrogativas do próprio 'devido processo legal'.

A cláusula de fechamento fornece ao *due process of law* o conteúdo de um direito complexo, e voltado para valores nem sempre harmônicos reciprocamente considerados. Assim, a metódica de sopesamento faz-se necessária, em uma possibilidade de sustentar as diversas e colidentes posições jurídicas, asseguradas constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais.

Algumas variantes metodológicas de restrições forma apresentadas, fazendo-se a opção pela teoria geral das limitações derivadas da Constituição. Tais restrições podem ser diretamente constitucionais, indiretamente constitucionais (remissão à lei através de reserva legal simples ou qualificada) e definidas através do apelo aos limites iminentes (não autorizados expressamente na Constituição, contemplando-se os direitos dos demais, a cláusula de comunidade e o apelo à interpretação sistemática).

As formas de punição por abuso de defesa, as condições de admissibilidade do recurso e os pressupostos recursais são alguns dos exemplos desses limites. Entretanto, considera-se ainda que o aumento do poder do juiz autoriza o exame do interesse e relevância, mesmo que tal generalidade venha a ser explicitada melhor por lei.

De maneira que lei que restringe recurso por meio dos poderes judiciais é, em nosso entendimento, válida, sendo desejável, no entanto, a enumeração e explicação dos critérios a serem verificados no caso concreto.

Com essa base, verifica-se que o recurso é passível de restrição, já realizada na conformação de mecanismos de retenção recursal e ponderação frente a outros bens constitucionalmente assegurados, mormente a dignidade da pessoa humana e o direito à razoável duração do processo.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BOROWSKI, Martin. La restricción de derechos fundamentales. In: *Revista*

*Española de Derecho Constitucional*. N. 59, ano 20, mayo/agosto 2000. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O modelo constitucional do direito processual civil*. Anais da 7ª semana brasileira de direito processual civil e penal. Florianópolis. 2008, p. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo: introdução ao direito processual constitucional*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 9.ed. São Paulo: JusPodvim, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães *et al*. *Recurso no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar 1998. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/1/Pdf/pdf\\_137/r137-02.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/1/Pdf/pdf_137/r137-02.pdf) Acesso em: 02/04/2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: [http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041324DIREITO\\_FUNDAMENTAL\\_DE\\_ACAO.pdf](http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041324DIREITO_FUNDAMENTAL_DE_ACAO.pdf). Acesso em: 28/07/2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Tomo IV. Coimbra:

Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

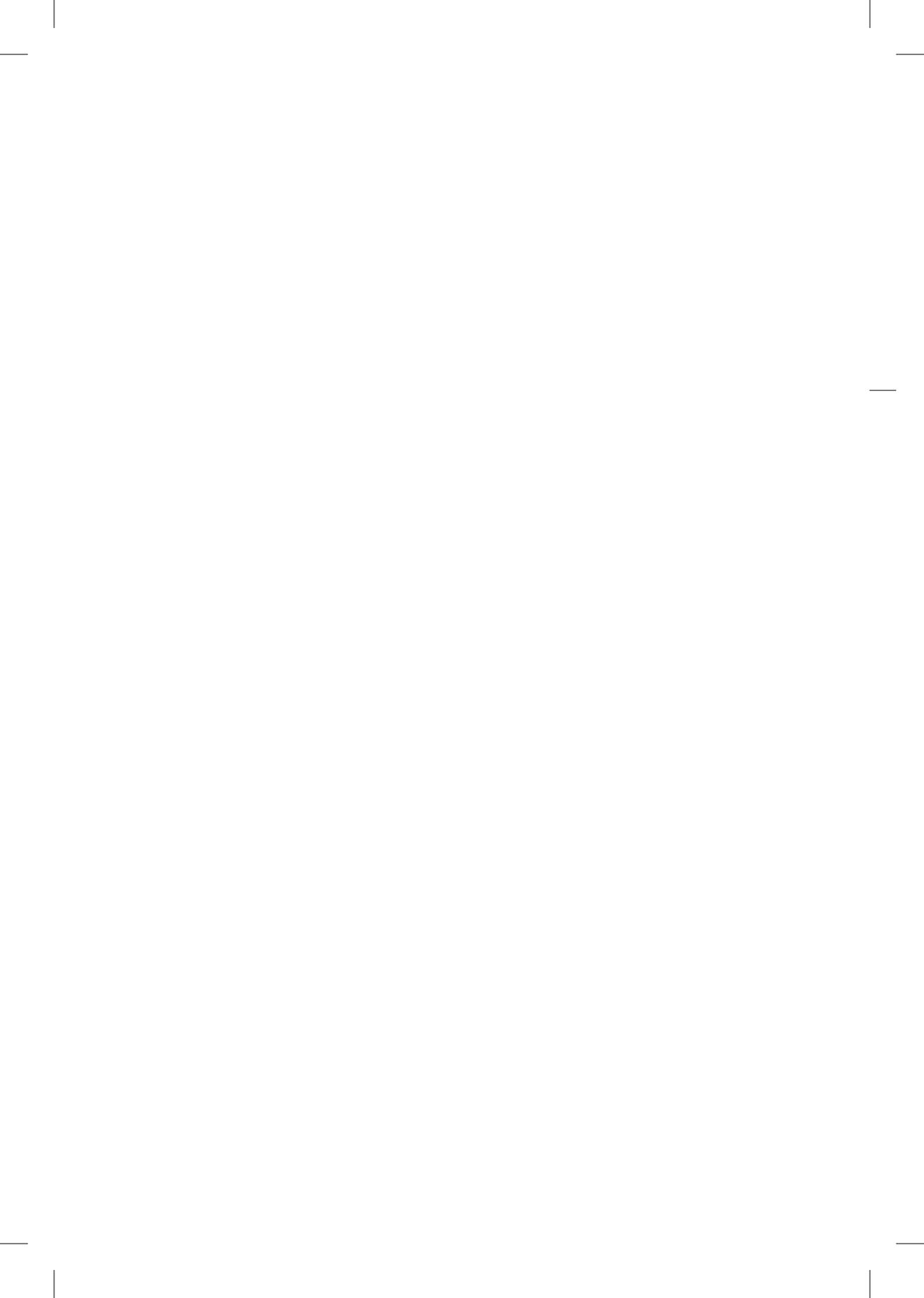
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm), acesso em: 20/07/2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.220.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC.SCLA.+E+79785.NUME.&base=baseAcordaos> Acesso em: 24/07/2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. Vol. I. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.





# CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

---

*Paulo Adib Casseb<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Este artigo analisa o controle preventivo de constitucionalidade no Brasil, observando a prática política do Poder Legislativo e do Poder Executivo nesta área, mas, especialmente, a atividade judicial, no exercício do controle judicial preventivo.

## **Palavras-chave**

Controle preventivo de constitucionalidade. Poder Legislativo. Poder Executivo.

## **ABSTRACT**

These text give us an exam about de preventive judicial review in Brazil, observing the political practice of the Legislative Branch and the Executive Branch in these area, but specialy, the judicial activity in the exercise of the preventive judicial review.

## **Key-words**

Preventive judicial review. Legislative Branch. Executive Branch.

A Constituição brasileira prevê literalmente o controle preventivo exercido pelo Executivo, ao estipular, expressamente, a figura do veto jurídico, por motivo de inconstitucionalidade e o veto por motivação política, baseado na contrariedade ao interesse público (art. 66, §1º - se o Presidente considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente). Mesmo o veto jurídico, motivado

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor titular de Direito Constitucional dos Cursos de Mestrado e Graduação da Faculdade de Direito da FMU. Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. E-mail: paulocasseb@fmu.br

na inconstitucionalidade parcial ou total do projeto, constitui ato político, conforme o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 1. Como se trata de ato político, mesmo que o fundamento seja jurídico, sua prática depende de critérios de conveniência do Presidente da República, tanto que se o Chefe do Executivo deixar de vetar projeto poderá, após a conversão da proposição em lei, propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para impugná-la.

É interessante notar que as justificativas dos vetos presidenciais influenciam menos as decisões do STF do que o inverso. Com efeito, é comum verificar-se nas motivações do veto referências a posições consagradas pela Corte Suprema em julgados anteriores, mas é raro encontrarmos nas fundamentações das decisões do Pretório Excelso, alusões às argumentações de inconstitucionalidade presentes nas justificativas de vetos presidenciais.

Quanto ao Legislativo, embora não exista uma referência literal na Constituição, a figura do controle legislativo preventivo decorre da própria atividade de apreciação dos projetos e da figura do controle interno promovido pelos órgãos públicos. O parlamentar, enquanto representante eleito pelo povo, tem o dever de insurgir-se contra a inconstitucionalidade eventualmente detectada no curso do processo legislativo, seja quanto ao processamento do projeto seja quanto a seu conteúdo. A atuação parlamentar com tal propósito não se restringe ao trabalho das Comissões de Constituição e Justiça (CCJs), pode ocorrer até mesmo nas discussões das comissões de mérito, nas sessões plenárias e em momentos diversos, como prevê, por exemplo, o Regimento da Câmara dos Deputados ao dispor que a Presidência da Casa devolverá a seu autor projeto “evidentemente inconstitucional”, cabendo recurso dessa decisão ao Plenário.

De fato, embora a CCJ da Câmara dos Deputados e a Comissão de competência equivalente no Senado sejam extremamente conhecidas em virtude do exercício do controle de constitucionalidade, essa atividade não lhes fora conferida com exclusividade, pois, como afirmam Sérgio F. P. de O. Penna e Eliane Cruxên B. de Almeida Maciel<sup>2</sup>, a averiguação da constitucionalidade das proposições constitui “poder/dever” dos parlamentares e deve ser efetuada durante todas as fases do processo legislativo, o que permite inferir que o reconhecimento da inconstitucionalidade de parte ou da íntegra de um projeto tem de ser externado por qualquer parlamentar e pelas demais comissões, assim que o vício for detectado.

Mas é claro que tem maior projeção o controle exercido pelas CCJs. De todos os aspectos formais examinados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, desponta como primordial a análise das questões constitucionais, pois deriva dessa atribuição, o exercício do controle preventivo de constitucionalidade das proposições. Nesse caso, a CCJ efetua um juízo de conformidade para verificar se a proposição é

---

<sup>2</sup> PENNA, Sérgio F. P. de O. e MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. *Técnica legislativa*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2002, p. 115 e 117.

compatível com a Constituição Federal.

Na Câmara dos Deputados, a CCJ também analisa a juridicidade dos projetos. Luiz Henrique Cascelli de Azevedo<sup>3</sup> comenta que a avaliação da juridicidade significa, primeiramente, o exame da adequação da proposição “aos princípios maiores que informam o ordenamento jurídico e, via de consequência, à própria Constituição” e, em segundo lugar, refere-se à “razoabilidade, coerência lógica, possibilidade de conformação com o direito positivo posto...a injuridicidade de uma proposição, portanto, pode ser apurada a partir da percepção de um conflito com os princípios consagrados no ordenamento jurídico, que, não raro, estão explicitamente positivados”.

O mencionado autor atesta que há “um respeito praticamente absoluto pelo restante da Casa” às deliberações da CCJ que exprimem a inconstitucionalidade e a injuridicidade das proposições, tanto que são raros os recursos que impugnam tais decisões e dentre os interpostos, boa parte é rejeitada pelo Plenário<sup>4</sup>.

Outra importante atribuição dessa CCJ reside na averiguação da admissibilidade das Emendas Constitucionais. Pelo menos de acordo com as normas regimentais, essa análise não deve atingir o mérito das Emendas, mas apenas, os aspectos de constitucionalidade e juridicidade.

Igualmente compete à CCJ a apreciação de todas as questões de cunho jurídico ou constitucional, ainda que não consubstanciadas em proposições, mas que sejam remetidas a ela, sob a forma de consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário, por qualquer comissão ou em decorrência de interposição de recurso e a apreciação, quanto ao mérito, de uma série de matérias, como os temas relacionados a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual e outros.

No Senado, a exemplo da Comissão equivalente da Câmara dos Deputados, a CCJ exerce análise sobre aspectos formais e, em determinados casos, de mérito. Quanto ao exame formal, essa Comissão averigua a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das proposições.

Sérgio F. P. de O. Penna e Eliane Cruxên B. de Almeida Maciel<sup>5</sup> esclarecem que, pelo Regimento do Senado, resta patente que “todas as comissões, em decisão terminativa, opinam, além do mérito, sobre constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade, pois a CCJ só opinará sobre esses aspectos nas matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário” e, sempre que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania apreciar o mérito, verificará, também, a constitucionalidade das proposições. Competiria, então, às comissões em geral, a verificação de eventual inconstitucionalidade formal, tais como a competência da União para tratar da matéria, qual a modalidade de proposição exigida em cada caso e a satisfação dos requisitos

<sup>3</sup> AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *O Controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 46.

<sup>4</sup> Idem, p. 47.

<sup>5</sup> PENNA, Sérgio F. P. de O. e MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. *Op. cit.*, p. 117 e 119.

para iniciativa legislativa, bem como da incidência de inconstitucionalidade material. No que tange especificamente ao mérito, o Regimento do Senado consagra um elástico campo temático, ao afirmar que cabe à CCJC o exame “sobre as matérias de competência da União”.

No campo do controle preventivo brasileiro, a regra é o exercício desse controle pelo Legislativo e pelo Executivo. O controle judicial preventivo, como destaca o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence (Mandado de Segurança 23047), “é excepcionalíssimo, por ser, em princípio, de todo avesso ao sistema brasileiro”.

O controle judicial preventivo não consta de forma direta, textual, na Constituição de 1988, assim como ocorria no ordenamento constitucional anterior, o que levou o ex-Ministro do STF Soares Munhoz a afirmar, em 1980, que ele não reconhecia a figura do controle judicial preventivo (Mandado de Segurança 20.257). Disse o Ministro, que “a intervenção do STF no processo legislativo, de forma a impedir que o Congresso Nacional pratique ato que lhe é privativo, vale dizer, discuta, aprove, ou não, e promulgue emenda constitucional, exorbita do controle que a Constituição atribui ao Poder Judiciário. Tal controle, no que respeita à função legislativa, pressupõe a existência da lei, devidamente promulgada. Não alcança os atos anteriores, enquanto estejam sendo realizados, porque durante eles, é o próprio Congresso que privativamente examina acerca da constitucionalidade, ou não, de emenda à Constituição. O controle que o Poder Judiciário tem competência para realizar, em relação aos atos legislativos do CN, realiza-se *a posteriori*, depois de promulgada a lei ou a emenda constitucional”.

Prevaleceu posição diversa. Mas só se admite um controle formal e não material. No *leading case* sobre a questão (Mandado de Segurança n. 20.257), o Ministro Moreira Alves, cuja posição prevaleceu no julgamento, afirmou que não admite “mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou de PEC (Proposta de Emenda à Constituição) com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional, pois neste caso a inconstitucionalidade não será quanto ao processo da lei ou emenda, mas ao contrário, da própria lei ou emenda o que impõe o controle *a posteriori*”.

Diferentemente é a hipótese em que há a violação de norma constitucional disciplinadora do processo legislativo da lei ou Emenda, como ocorre, em se tratando de Emenda, em relação à norma que proíbe sua deliberação. Exemplo disso é encontrado no art. 60, § 4º, da Constituição, segundo o qual não será objeto de deliberação proposta de Emenda tendente a abolir cláusulas pétreas. Segundo o STF, a inconstitucionalidade nesse caso refere-se ao processo legislativo, pois, em decorrência da gravidade dessas deliberações, se consumadas, a Constituição procurou impedir a própria deliberação. A inconstitucionalidade já existe antes de a proposta transformar-se em Emenda.

Ainda segundo o entendimento firmado pela Suprema Corte, nas

citadas hipóteses justifica-se o controle judicial com base no fato de que cabe a este Poder, nos sistemas que conferem ao Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade, impedir que a Constituição seja violada. Para Moreira Alves, no exercício da guarda da CF, o Judiciário está acima dos demais Poderes não havendo que se falar, neste momento, em independência de Poderes. Não fora assim, não poderia ele exercer a função que a própria CF, para a preservação dela, lhe outorga (MS 20.257).

O STF reconheceu que os parlamentares têm o direito público subjetivo ao devido processo legislativo conforme as normas constitucionais, é um direito líquido e certo à participação de um processo legislativo segundo as normas constitucionais. Portanto, pela via incidental, difusa, à luz dos casos concretos, os parlamentares podem impetrar mandado de segurança para provocar o controle judicial preventivo a fim de questionar atos concretos praticados, por exemplo, por Presidente ou Mesa de Casa Legislativa. Como ensina o Ministro Gilmar Mendes (em voto apresentado no MS n. 24.346, julgamento de 13/02/2003), “temos uma prática interessante a qual podemos chamar, até, de uma variante da doutrina brasileira do mandado de segurança, permitindo a utilização desse peculiar instrumento de defesa dos direitos subjetivos públicos na solução de eventual conflito entre órgãos, o que na Alemanha corresponde à chamada controvérsia entre órgãos. É um tipo de processo consigo mesmo, destinado a dirimir controvérsias entre órgãos constitucionais a propósito de suas competências”. O que não se admite no Brasil é o controle judicial preventivo em abstrato.

Como a forma de Estado adotada pela Constituição brasileira é a federativa, nos Estados-membros o mesmo modelo é aplicado e os Tribunais de Justiça de cada ente federado exercem, da mesma maneira, o controle judicial preventivo de projetos de lei estaduais e municipais. No Estado de São Paulo, por exemplo, o Tribunal de Justiça tem recebido mais ações que discutem projetos municipais e quase nada do âmbito estadual.

Por outro lado, o STF tem enfatizado que se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, sem que tenha ocorrido violação a direito subjetivo, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial. Este é um ponto que merece discussão: se a mera violação à norma regimental está ou não sujeita à crítica judicial.

A posição que sustenta que a violação apenas à norma regimental está imune à crítica judicial como lembra Cristiano Viveiros de Carvalho<sup>6</sup>, toma por base a idéia de que no quadro institucional do Estado democrático, que tem, entre seus sustentáculos, a separação de poderes, existem decisões sujeitas, exclusivamente, à discricionariedade de cada órgão, imunes a julgamentos por órgão externo. O controle judicial nesses casos poderia representar a transferência para o Judiciário da tarefa

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Cristiano Viveiros. *Controle judicial e processo legislativo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 102 e 116.

própria do legislador de definir os critérios de conveniência e oportunidade política e o receio de que o Tribunal imponha ao Legislativo seus próprios critérios de oportunidade política, convertendo-se em uma segunda instância no processo legislativo, ou propriamente numa terceira Câmara.

Há uma outra visão da matéria. Em primeiro lugar, é importante consignar que a constituição reconheceu caráter de ato normativo aos regimentos legislativos, os quais são aprovados por meio de Resoluções, encontradas no rol das espécies normativas do art. 59, do Ordenamento Supremo. Se é norma jurídica, está apta a criar direitos aos parlamentares, assim como a Constituição criou o direito do congressista de participar de um processo legislativo regular. Havendo um direito, ainda que não seja direito constitucional e sim direito regimental, não se pode impedir o controle judicial no caso de violação.

É bem verdade que há divergência, na doutrina do Direito Parlamentar, quanto à natureza dos regimentos legislativos. Fernando Santaolalla<sup>7</sup> sintetiza da seguinte forma as várias posições doutrinárias sobre a natureza jurídica dos regimentos legislativos:

1. Hatscher e Santi Romano entenderam que os regimentos constituem um conjunto de regras convencionais, sem a característica de autênticas normas jurídicas, tanto que seu valor é inferior ao de outras fontes, como o costume;

2. Laband sustentou a natureza estatutária de direito corporativo dos regimentos, em razão de sua finalidade exclusiva de disciplinar a vida interna das Câmaras e obriga apenas seus membros, deles dependendo sua manutenção ou alteração;

3. Coducci-Pisanelli, entre outros, reconhecem que os regimentos possuem elementos de dupla natureza, afirmando que são leis em sentido material mas não têm características de leis em sentido formal, pois inexistente a participação do Chefe de Estado por meio da sanção;

4. Há também a posição que apregoa a natureza dupla dos regimentos, no sentido de admitir que certas disposições têm apenas âmbito interno e outras de alcance externo;

5. Nicolás Pérez Serrano defende a idéia de que os regimentos são normas autônomas, previstas para garantir a independência do Legislativo e assumem posição hierárquica superior às leis ordinárias, as quais sujeitam-se ao processo de elaboração neles contido.

No Brasil os regimentos são considerados normas jurídicas. O Regimento da Câmara dos Deputados (art. 109, III) estabelece que o regimento tem eficácia de lei ordinária. É norma equivalente à lei ordinária, de mesmo grau hierárquico, mas com competência específica, uma não revoga nem altera a outra, o que significa que padeceria de inconstitucionalidade formal eventual lei que disciplinasse matéria regimental. A presente discussão merece, no cenário nacional, maior atenção. É de se perguntar, até que

---

<sup>7</sup> SANTAOLALLA, Fernando. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Espasa-Calpe, 1990, p. 35-46.

ponto a violação à norma regimental pode ser definida como questão *interna corporis*. É difícil admitir a existência de normas jurídicas cuja transgressão permaneceria imune à crítica judicial.

De qualquer forma, ainda que exercido o controle preventivo apenas no caso de violação de normas constitucionais e não de normas regimentais, trata-se de um controle relativo ao processamento da lei ou Emenda e não de seu conteúdo.

Mas em relação a propostas de Emenda, cumpre observar que no momento em que o STF, provocado preventivamente no curso do processo legislativo, verificar se a proposta atingiu ou não cláusula pétrea, já está analisando seu conteúdo, ainda que o objetivo seja concluir que há uma inconstitucionalidade no processamento da PEC. Exemplo disso foi o Mandado de Segurança 23.047, julgado em 1998, que discutiu PEC sobre reforma previdenciária. O Impetrante alegou que a proposta não poderia ser objeto de deliberação congressional, em razão de ofensa às cláusulas pétreas da forma de Estado federativa e dos direitos individuais (direito adquirido). Ora, foi preciso analisar o significado da cláusula pétrea da forma de Estado e dos direitos individuais. O próprio voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, esclarece que a cláusula pétrea da Federação não significa que “se tenham petrificado todos os pormenores constitucionais relativos à Federação, de tal modo que qualquer alteração deles, como na distribuição de renda e dos encargos a cada um dos entes federativos, significasse violação ao limite material ao poder de reforma”. Na mesma ação foi analisada a questão do direito adquirido, se há ou não direito adquirido contra a Constituição. Em suma, restou evidente que houve análise de conteúdo, ainda que com o propósito de identificar vício formal, isto é, se a PEC poderia ou não ser objeto de deliberação congressional.

Este é um ponto que também comporta discussão: se o controle judicial preventivo no Brasil merece ou não ser ampliado. No cenário mundial, o controle preventivo exercido por uma Corte Constitucional não é tão comum como o repressivo. O controle preventivo é preponderante na França e, além de Portugal, pode ser encontrado na Áustria (mas apenas para casos específicos), na Espanha e Alemanha em relação a tratados internacionais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>8</sup> adverte que “a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis”.

De fato seria temerário permitir um controle judicial preventivo material simultâneo à tramitação do processo legislativo, pois um órgão dotado de legitimidade democrática secundária praticamente substituiria o Parlamento, imbuído de legitimidade primária. Isso talvez fosse aceitável em casos em que a Suprema Corte também possuísse

---

<sup>8</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36 e 37.

legitimidade primária, como no Japão. O órgão de cúpula do Judiciário japonês é composto por um Juiz-Presidente, nomeado pelo Imperador, mediante indicação da Dieta, e quatorze outros juízes nomeados diretamente pela Dieta. A nomeação dos juízes, inclusive a do Presidente, é revista diretamente pelo povo, por meio de um instrumento que lembra, ao mesmo tempo, o referendo e o *recall*, na primeira eleição para a Câmara Baixa que ocorrer após sua nomeação e será revista novamente, na primeira eleição para a Câmara após um período de dez anos e assim por diante, a cada dez anos. Devido à notória legitimidade democrática primária da Suprema Corte japonesa, coube a ela, além de atribuições jurisdicionais, competência legislativa para elaborar normas processuais, normas de organização judiciária e para o exercício da advocacia.

Se em um modelo como o japonês seria aceitável um controle judicial preventivo do conteúdo dos projetos, no nosso modelo teríamos a transferência da análise da oportunidade e conveniência política dos projetos, de um Poder eleito para um Poder aristocrático. Por outro lado, a grande importância do controle preventivo, como lembram Constance Grewe e Hélène Ruiz Fabri<sup>9</sup>, é garantir a segurança jurídica. Esta é a principal vantagem desse controle, que favorece a garantia de maior estabilidade das relações sociais e jurídicas, evitando a perturbação da ordem e da tranquilidade sociais provocadas pela vigência de uma lei inconstitucional.

Conforme mencionado anteriormente, na França o controle preventivo é atividade de grande destaque do Conselho Constitucional. Cumpre observar o momento em que esta Corte exerce o controle preventivo, tanto em relação às leis orgânicas (cuja remessa para sua apreciação é obrigatória), como em relação às leis ordinárias (cuja remessa é facultativa, provocada pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembléia Nacional, Presidente do Senado, 60 deputados ou 60 senadores). Esse controle ocorre após a aprovação definitiva da lei, mas antes de sua promulgação.

Tendo presente esse fato, lanço aqui a idéia, apenas para reflexão, sobre a possibilidade de criação, no Brasil, de um mecanismo de controle judicial preventivo, em abstrato, a ser exercido após o encerramento da fase constitutiva do processo legislativo e antes da fase complementar, isto é, antes da promulgação e publicação. Nesse momento, caberia ao STF não apenas verificar a presença de vícios formais, mas também promover a análise da compatibilidade entre o conteúdo da lei ainda não promulgada e a Constituição.

A título de sugestão, apresentamos aqui a idéia da provocação desse controle preventivo abstrato, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Preventiva, proposta após a fase constitutiva e antes da etapa complementar do processo legislativo, cuja liminar suspenderia a promulgação da lei e a decisão de mérito declararia a inexistência da lei, impedindo, de forma definitiva, sua promulgação. Desse modo, não haveria interferência nos debates parlamentares, nas deliberações legislativas, evitando-se, ao mesmo tempo, o tumulto gerado

---

<sup>9</sup> GREWE, Constance e FABRI, Hélène Ruiz. *Droits constitutionnels européens*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 79.

pela vigência de uma norma inconstitucional.

Embora o controle repressivo seja bem eficiente no Brasil, são notórios os inconvenientes da vigência de leis inconstitucionais e é preferível atenuá-los ou suprimi-los a aguardar a concretização da norma para depois declarar sua nulidade. Ademais, é inerente ao controle abstrato a desnecessidade de se conhecer a potencialidade concreta da lei para que se promova a discussão de sua inconstitucionalidade. Melhor será, então, evitar os transtornos gerados para a sociedade, pela vigência e aplicação prática de norma inconstitucional.

É prejudicial para a plena preservação da segurança jurídica e por vezes desastroso para a sociedade, especialmente para os leigos, a sucessão de fatos normalmente desencadeados com o surgimento de uma norma inconstitucional. É o caso, por exemplo, da notícia da publicação de uma lei, sua aplicação prática por certo tempo e a subsequente informação de que foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade para questioná-la. Os transtornos começam com a necessidade de se saber sobre a concessão ou não da liminar, os efeitos atribuídos à liminar eventualmente concedida e, portanto, se a execução da lei está suspensa ou não e qual o alcance no tempo da decisão judicial, bem como se o mérito já foi julgado, com declaração de nulidade, com a anulação da lei ou ainda, se foi proferida declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Abrandar-se essa incerteza, causadora de insegurança jurídica, por meio do controle preventivo.

Como prevalece no Brasil a posição de que com a sanção presidencial surge a lei, embora ainda sem eficácia, é plausível a tese de que no momento em que o art. 102, I, "a", da Constituição da República prevê a competência originária do STF para julgar ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais, implicitamente autoriza, pelo emprego genérico do termo "lei", a figura ora proposta da ação direta de inconstitucionalidade preventiva, de lei ainda não promulgada. Conseqüentemente, a disciplina do processo e julgamento dessa modalidade de ação direta poderá constar de lei infraconstitucional. Esse modelo provavelmente propiciaria uma redução do número de ações no controle difuso e, sobretudo fortaleceria a segurança jurídica, ao ser exercido antes da criação de relações jurídicas pela norma viciada, favorecendo, enfim, a estabilidade das relações sociais.

O modelo proposto para melhor discussão pelos profissionais do direito constitucional afina-se, perfeitamente, com a atuação contemporânea do Judiciário, com a atual dimensão da função jurisdicional, em pleno auge do fenômeno da judicialização da política e da politização do Judiciário.

É inegável a presente contribuição do Judiciário para a busca do bem estar social. A Justiça brasileira tem suprido as deficiências dos Poderes democráticos, garantindo à sociedade, dentro do possível, o mínimo existencial, mediante prestação jurisdicional incisiva e séria na busca da efetividade dos direitos sociais.

Comentando a evolução do papel do Estado, do Estado Liberal para o Social, Paulo Bonavides<sup>10</sup> afirmou que o século XIX foi o século dos Paramentos e o XX, o século dos Executivos. Partindo da realidade brasileira, ousaria completar o texto do referido professor, para asseverar que, diante do papel desempenhado pelos Tribunais pátrios, na concretização dos valores maiores consagrados pela Constituição, o século XXI será o século do Judiciário.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PENNA, Sérgio F. P. de O. e MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. *Técnica Legislativa*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2002.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *O Controle Legislativo de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

CARVALHO, Cristiano Viveiros. *Controle Judicial e Processo Legislativo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2002.

SANTAOLALLA, Fernando. *Derecho Parlamentario Español*. Madrid: Espasa-Calpe.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GREWE, Constance e FABRI, Hélène Ruiz. *Droits Constitutionnels Européens*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

BONAVIDES, Paulo. "O Poder Legislativo no Moderno Estado Social". In: *As Tendências Atuais do Direito Público - Estudos em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. O Poder Legislativo no Moderno Estado Social. In: *As Tendências Atuais do Direito Público - Estudos em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 35.



# LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ À TRAVERS L’AFFAIRE DU FOULARD

---

*Tarin Cristino Frota Mont’Alverne<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O presente estudo analisa o debate sobre a readaptação do princípio da laicidade na França face ao desafio do uso do véu islâmico.

## **Palavras-Chave**

Princípio da Laicidade. Liberdades públicas. Direito Francês. Religião.

## **RÉSUMÉ**

Cette étude analyse le débat sur une réadaptation du principe de laïcité à la française au nouveau défi qu’il s’agit du port du foulard.

## **Mots-Clés**

Principe de laïcité. Libertés publiques. Droit français. Religion.

## 1. INTRODUCTION

“Liberté, égalité, fraternité...Laïcité”: telle pourrait être la nouvelle devise de la République française après l’ampleur des discussions accordées à la notion de laïcité à travers la question du port du foulard.

Force est de constater que, de tous temps, la laïcité a été définie (ou redéfinie) pour régler (ou tenter de régler) une situation conflictuelle concrète. C’est sûrement ce qui justifie le caractère passionné qui a toujours entouré les débats relatifs à la laïcité.

---

<sup>1</sup> Doctorat en Droit International Public par l’Université Paris V et l’Université de São Paulo et Master en Droit International Public par l’Université Paris V. E-mail: tarinfmontalverne@yahoo.com.br

Comme à la fin du siècle dernier lors des lois sur l'enseignement primaire et secondaire de 1882 et sur la séparation des Eglises et de l'Etat en 1905, la classe politique française se retrouve divisée en deux camps : les partisans d'une laïcité « pure et dure » et ceux qui en ont une conception plus souple, faisant donc disparaître le clivage traditionnel de la droite et de la gauche.

Il est important de rappeler que les défenseurs de la laïcité ne sont plus uniquement en lutte contre l'église catholique, mais ils sont confrontés, à l'émergence du pluralisme religieux dans la société française.

Le sulfureux débat sur la laïcité, comme à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, a réapparu par là où il est né, c'est-à-dire bien sûr dans le domaine scolaire. Malgré les cent ans d'écart, les termes du débat ne sont pourtant plus les mêmes. A l'aurore de la III<sup>ème</sup> République, il était surtout question de dessaisir l'Eglise catholique de son emprise sur la conscience des enfants, pour laisser place à une éducation non plus fondée sur la foi mais sur la raison et l'intégration des valeurs républicaines. Aujourd'hui, l'affaire du foulard allume le témoin lumineux nous indiquant la montée en puissance des intégrismes dont la religion islamique est parfois le ferment. Bien que le phénomène religieux ne se développe que peu en France (et tend même à diminuer), lorsque l'on s'éloigne de l'analyse strictement quantitative, on peut observer un nouvel essor du religieux, non pas seulement par les tentations intégristes, mais aussi par l'arrivée de religiosités parallèles.

De cette façon, on peut remarquer que, s'il est incontestable que l'affaire des voiles islamiques a ravivé un débat sur la laïcité qui semblait faire l'objet d'un consensus quasi général, elle a aussi révélé deux éléments nouveaux qui vont contribuer immanquablement à adapter la laïcité du début du siècle à un contexte ayant fortement changé: il s'agit de la présence d'une nouvelle religion, l'islam, devenue deuxième religion de France, ce qui était impensable à l'époque de l'édification de la République. Et il s'agit, en outre, de la véritable explosion des libertés publiques au sein de l'ordre juridique international en général et de l'ordre juridique français en particulier. Ces deux facteurs joueront à l'évidence en faveur d'une adaptation de la laïcité face à ce nouvel environnement.

Conformément à Geneviève KOUBI, la laïcité originelle n'existe plus : « La laïcité a changé de nature ; déchargée de la valeur initiale du combat républicain, elle devient le lieu d'une conciliation entre l'ordre juridique et la liberté d'opinion (de la pensée à l'expression), de plus en plus ouverte sur la prise en compte des phénomènes *collectifs*. »<sup>2</sup>.

Aussitôt, une médiatisation exacerbée de ce que l'on peut appeler, à l'origine, « un simple fait divers », va transformer cet événement en affaire d'Etat. Ainsi, il est évident que si la médiatisation de ces affaires du voile islamique a beaucoup contribué au psychodrame qu'a connu le milieu scolaire à partir de la rentrée 1989, cela a aussi permis de faire avancer le débat, notamment par des

---

<sup>2</sup> CALENDRE, Olivier. République et laïcité. Mémoire de DEA Droit public fondamental soutenu à la faculté de droit de Grenoble, 1995, p. 42.

propositions tendant à préserver le concept de laïcité face à cette résurgence du religieux à l'école, mais sous une forme encore inconnue jusque là.

Force est de convenir que le dévoilement des femmes est un phénomène qui, au début du siècle XX<sup>ème</sup>, s'est diffusé depuis l'aristocratie vers les couches inférieures de la pyramide sociale. Et voici maintenant que le « révoilement », depuis la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, se diffuse depuis les catégories les plus défavorisées, se généralise dans les classes moyennes et est en passe de pénétrer jusqu'à la haute bourgeoisie. Les prémisses de cette « remontée » ont coïncidé avec le réveil de l'islamisme, qui a d'abord embrigadé les femmes les plus dépourvues de droits. Mais la pensée islamiste a rapidement débordé de son cadre initial, celui des mouvements politiques, dépassant son premier rayon d'action pour désormais toucher les classes les plus privilégiées et les femmes moins dépourvus de droits.

Depuis lors, en France, le débat est ouvert sur une réadaptation de la laïcité à la française à ce nouveau défi, le port du foulard. En effet, nombreuses sont les interprétations données à cette volonté de ces jeunes de ne pas ôter leur foulard au sein de l'enceinte de l'école tant pour la justifier que pour la combattre. Ce débat est remarquable dans le sens où il a entraîné un chaos réorganisateur où chacun tente de défendre sa position. Certains sont radicalement opposés au port du foulard au nom du respect du principe de la laïcité, d'autres estiment que foulard et laïcité ne sont pas antinomiques et avancent une certaine conception de cette laïcité pour étayer leur position.

La Constitution de la V République rappelle le caractère « laïque » de la République. Certes, si la laïcité de la République figure clairement parmi les principes constitutionnels, la portée et le contenu de ce principe restent incertains. En ce sens, la laïcité est le seul attribut de la République qui engendre de discussions sans précédent.

Ainsi, il n'y a pas de définition de la laïcité dans la Constitution, qui laisse le soin de définir, de préciser, au législateur et à la jurisprudence. En réalité la laïcité comporte plusieurs sens différents et peut être interprétée de diverses manières, ce que conduit parfois, sous couvert du même mot, à des conceptions opposées. D'après C. NICOLET : « La laïcité ne nous a pas été donnée comme une révélation. Elle n'est sortie de la tête d'aucun prophète; elle n'est exprimée dans aucun catéchisme. Aucun texte sacré n'en contient les secrets, elle n'en a pas. Elle se cherche, s'exprime, se discute, s'exerce et, s'il faut, se corrige et se répand »<sup>3</sup>. Cela explique la difficulté à définir d'une manière satisfaisante la notion. M. BARBIER y voit trois raisons principales : « premièrement car la laïcité n'appartient pas à la catégorie de la substance, mais à celle de la relation; deuxièmement car elle n'établit pas un lien positif mais une séparation; dernièrement car elle n'est pas une notion statique mais dynamique »<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> CALENDRE, Olivier. *op. cit.*, p. 68.

<sup>4</sup> BARBIER, Maurice. Esquisse d'une théorie de la laïcité. In : *Le débat*. novembre - décembre 1993,

Enfin, la laïcité fait, depuis une quinzaine d'années, l'objet d'un débat sans précédent, se trouvant même remise en question. Des idées diverses ou opposées sont avancées, et des propositions sont formulées, allant des plus traditionnelles aux plus novatrices.

## 2. LE PRINCIPE DE LAÏCITÉ COMME UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

L'appréhension de la laïcité de l'Etat se concentre dans l'article premier de la Constitution française du 24 août 1958 : « la France est une république indivisible, *laïque*, démocratique et sociale. Elle assure *l'égalité devant la loi* de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de *religion*. Elle *respecte toutes les religions* »<sup>5</sup>.

Néanmoins, derrière cette proclamation solennelle par le pouvoir constituant de ce qui apparaît comme une donnée acquise, et bien connue, du droit public français, que de controverses, que de débats, que de crises et de ruptures autour d'un concept, la laïcité, qui, selon l'image utilisée par le Professeur J. RIVERO, « sent la poudre ».

Ainsi, il est important d'analyser la place du principe de laïcité dans l'ordre juridique française afin de comprendre le conflit qu'a pu poser la question du foulard, car celle-ci a engendré des discussions sans précédents, entraînant donc une remise en cause du principe de laïcité.

## 3. LA RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE ET LES TEXTES INTERNATIONAUX ET EUROPÉENS

Différents textes fondamentaux posent dans l'ordre juridique, direct ou indirectement, le principe de laïcité. Néanmoins, les textes internationaux et européens utilisent la notion de liberté religieuse afin de résoudre les questions religieuses.

### 3.1. La constitutionnalité du principe

La laïcité est une réalité constitutionnelle. La première affirmation formelle de la laïcité de l'Etat républicain est récente. Depuis la Constitution de 1946, dans son article 1<sup>o</sup>, le principe de laïcité a acquis une valeur constitutionnelle, puis la Constitution de 1958<sup>6</sup>. La laïcité a donc été hissée au niveau le plus élevé

---

p. 78.

<sup>5</sup> Jusqu'à la loi constitutionnel n° 95 - 880 du 4 août 1995, la laïcité relevait de l'article 2 de la Constitution.

<sup>6</sup> Par contre, le Conseil d'Etat a considéré dans sa décision inattendue du 6 avril 2001 que le principe constitutionnel de laïcité est antérieur aux constitutions de 1946 et 1958.

de la hiérarchie des normes.

Il est nécessaire d'ajouter que, depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971, le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 fait partie intégrante du « bloc de constitutionnalité » et les textes auxquels il se réfère : « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ».

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le Préambule de la Constitution de 1946 font partie du droit constitutionnel positif, où la notion de laïcité figure également. Par son article 10, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » et l'article 13 Préambule de la Constitution de 1946, à propos de l'enseignement : « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ». Le Préambule de la Constitution de 1946 se réfère aux « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » reconnus par le Conseil Constitutionnel comme principes ayant valeur constitutionnelle.

Il existe donc, à partir du Préambule de 1946, un principe général de laïcité du service public de l'enseignement qu'il comporte pour les élèves de l'enseignement public le droit d'exprimer et manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires et interdit toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions religieuses des élèves.

C'est également cette notion de liberté de conscience ou de religion présente dans les textes internationaux qui nous allons analyser.

### 3.2. Le cadre international et européen

La laïcité trouve également son fondement dans un certain nombre de textes internationaux auxquels la France a adhéré et qui rendent l'évolution du contenu de la laïcité indubitable. De surcroît, cette évolution est accentuée par une Europe de plus en plus intégratrice et uniformisante.

Il est important de remarquer que l'article 55 de la Constitution de 1958 reconnaît aux traités et aux accords, régulièrement ratifiés ou approuvés, une valeur supérieure à celle de la loi interne et ceci dès leurs publications. Si les conventions internationales et européennes furent pendant longtemps victimes de l'interprétation de cet article par le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat, le principe est aujourd'hui effectif par le fait que ces conventions ont une autorité reconnue supérieure à celle des lois internes, mêmes postérieures.

La France est un pays appartenant à l'ordre juridique international. Si,

dans le cadre des engagements internationaux, les Etats sont souverains et consentent librement à se lier par des obligations, il n'en reste pas moins vrai qu'ils sont soumis à des pressions extérieures. Ils ne peuvent donc pas occulter l'évolution générale que suivent les autres nations. Et cette évolution consiste justement, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, en un développement considérable des libertés publiques dans le monde. La liberté religieuse ne faisant pas exception, la France se trouve alors en délicatesse par rapport à son caractère laïc.

La conception traditionnelle de la laïcité était appréhendée comme une sorte de mise à l'écart du phénomène religieux, alors que l'évolution actuelle tend à intégrer de plus en plus les libertés de conscience, par exemple, dans les libertés garanties par le droit public. Il n'y a qu'à voir, pour s'en rendre compte, le nombre de conventions internationales ratifiées par la France et illustrant la montée du libéralisme religieux dans le monde contemporain. Donc, le droit international ne connaît pas la notion de laïcité à la française, il insiste sur la liberté religieuse et ses différentes manifestations ; comme démontre la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948<sup>7</sup> - même si elle n'a aucune valeur juridique contraignante - la Convention pour la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement adoptée sous l'égide de l'UNESCO, les deux Pactes internationaux de l'O.N.U du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques, d'une part, et sur les droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part.

Quant à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, son article 9 protège la liberté religieuse<sup>8</sup>. Sur le fondement de cet article, la Cour a été amenée à traiter de questions qui concernent la laïcité. L'approche de la Cour repose sur une reconnaissance des traditions de chaque pays, sans chercher à imposer un modèle uniforme de relations entre l'Eglise et l'Etat<sup>9</sup>.

Ces dispositions ont été pratiquement intégralement reprises dans l'article

---

<sup>7</sup> Son article 19 dispose : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, ses considérations de frontières, les informations et les idées par quelques moyen d'expression que ce soit* ». On ne peut citer l'article 18 de la Déclaration de 48 sans reproduire, au préalable, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dont il procède et qui a valeur constitutionnelle en droit français.

<sup>8</sup> Son article 9 stipule : « *1. Toute personne a droit à la liberté de penser, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion et ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre ou de la morale publique, ou à la protection des droits et des libertés d'autrui* ».

<sup>9</sup> STASI, Bernard (présidée par). Laïcité et République (Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République). Paris : La Documentation française, 2003, p. 18.

18 alinéa 1 et 3 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 6 décembre 1966 et ratifié aussi par la France en 1980.

Outre la Convention européenne, la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1990, reconnaît à l'enfant le droit aux attributs de la personnalité et le bénéfice des droits civils dont la liberté d'expression, la liberté de pensée, de conscience, de religion, d'association...

Il est important d'ajouter, l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, quant à lui, mentionne « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques de l'accomplissement des rites ». Ainsi, cet article proclame le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et reprend les dispositions du §1° de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 21 de la Charte interdit toute discrimination fondée notamment sur la religion ou les convictions et aux termes de son article 22 l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse ou linguistique. Son article 14 affirme le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques.

Force est d'admettre que ces textes internationaux, qui reconnaissent une liberté religieuse très générale, contribuent à favoriser une redéfinition de la notion traditionnelle de laïcité.

Dès lors, et si l'on ajoute des textes comme la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et la Constitution de 1958, on ne peut échapper à la prise de conscience qu'une véritable politique de défense, voire de promotion de la liberté religieuse s'est établie en France. Cette nouvelle politique est d'ailleurs tout à fait compatible avec la notion de laïcité telle qu'elle était entendue en 1905 dans la loi de séparation des Eglises et de l'Etat. Celle-ci, en effet, dès son article premier, affirme : « la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public. ». C'est ce que J. RIVERO appelle « l'aspect positif »<sup>10</sup> de la laïcité de l'Etat. Car il ne faut pas oublier que la laïcité n'est pas seulement la séparation institutionnelle entre Etat et Eglises. C'est aussi, comme nous venons d'observer, la consécration d'un ensemble de « principes de libertés ».

Par conséquent, à considérer ces données de droit, nous pouvons nous rendre compte que les textes libéraux adoptés par l'Etat ne s'opposent pas, dans leurs principes, à la laïcité. Néanmoins, si on analyse globalement le contenu actuel de la laïcité, on s'aperçoit que celle-ci est composée à la fois d'éléments anticléricaux et d'éléments libéraux. Pourtant, les deux aspects de la laïcité sont

---

<sup>10</sup> RIVERO, Jean. La notion juridique de laïcité. In: *Dalloz*. Chronique n. 33, 1949, p. 138.

nécessaires à la République : l'aspect anticlérical (qui a abouti à la séparation institutionnelle) permet de prévenir les tentatives de subversion religieuses d'où qu'elles viennent. L'aspect libéral quant à lui, permet de consacrer la tradition humaniste héritée de la Révolution et dont le droit constitutionnel français prime.

#### 4. L'AFFAIRE DU FOULARD EST AU CONFLUENT DE PLUSIEURS PRINCIPES GARANTIS PAR LA CONSTITUTION

L'affaire du foulard est au confluent de plusieurs principes garantis par la constitution, donc, le débat sur la conciliation entre les principes fondamentaux a été bien intensifié. Ainsi, plusieurs principes fondamentaux ont été mis en question afin de résoudre ce conflit.

Si l'affaire du foulard n'avait mis en cause que le principe traditionnel de laïcité, il est douteux qu'elle eût suscité tant de débats... mais il ne s'agit pas d'un seul principe républicain en question, mais de plusieurs : le principe de la liberté de conscience et d'opinion (donc de religion), le principe de la liberté d'expression qui en est la manifestation et, bien entendu, les principes de neutralité et de laïcité des pouvoirs publics<sup>11</sup>.

En ce sens, la laïcité ne se limite plus à la séparation des Eglises et de l'Etat, ni à la neutralité de l'Etat à l'égard des religions. Elle désormais conçue d'une manière nouvelle et généralement en termes de liberté. De même, c'est la démarche à laquelle le Conseil d'Etat s'est essayé dans son avis du 27 novembre 1989. Il a montré que la notion de laïcité ne peut se comprendre sans faire appel à d'autres notions qui appartiennent au patrimoine juridique français, à savoir toutes ces notions fondamentales.

Cette affaire du voile apparaît sur le plan juridique, comme une jurisprudence faisant appel à grands principes en conflit. L'attitude du Conseil d'Etat par rapport à ces valeurs démontre le maintien d'une position ancienne : la conciliation. Il est cependant vrai, que cette position de conciliation est plus ou moins difficile à tenir et qu'en l'espèce cette approche est délicate. Néanmoins, l'attitude a été maintenue : il ne s'agit donc pas de remettre en cause la laïcité mais peut être de la redéfinir, de manière plus généreuse.

Ceci explique le bouleversement que subit l'Education nationale quant à la viabilité de sa doctrine laïque dans la mesure où elle devait concilier tous ces principes qui d'ailleurs sont proclamés et garantis par les textes les plus solennels, tant en droit interne qu'en droit international<sup>12</sup>.

Dans le cas d'espèce (le port du foulard), la conciliation doit être réalisée

<sup>11</sup> GUILLENCHMIDT, Michel. Le port de signe religieux distinctif. In : Cahiers Sociaux du Bureau de Paris. spécial juillet - août 2003, p. 45.

<sup>12</sup> GUILLENCHMIDT, Michel. *op. cit.* p. 46.

entre la liberté religieuse, au sens de liberté d'opinion, et son corollaire qu'est le droit de manifester ses opinions religieuses, d'une part, et le principe de laïcité, d'autre part, sous les deux formes qu'il adopte selon qu'il s'applique aux agents du service ou à ses usagers.

## 5. L'AFFAIRE DU FOULARD : LE NOUVEAU DÉFI DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ

La laïcité française, fruit d'une histoire mouvementée et passionnée, a donné lieu à un processus législatif et constitutionnel marquée par des nombreuses imprécisions. Ces imprécisions, encore renforcées par la forte prégnance idéologique liée à ce concept, expliquent qu'à ce jour encore l'analyse interprétative classique de la laïcité est divisée.

Pour E. MORIN: « il est remarquable que, dans l'affaire du foulard, les opinions antagonistes se soient toutes légitimées au nom de la laïcité. Elles témoignaient surtout qu'on ne savait plus exactement ce que signifiait la laïcité, et qu'un «trou noir» s'était creusé sous ce terme ». Il apparaît ainsi que l'exigence d'une redéfinition correspond en fait à un besoin de clarification. D'où le débat national qui s'instaure alors pour redonner à la laïcité un contenu en adéquation avec les mutations sociétales.

Certes, la société a changé et le fait religieux aussi. C'est aussi ce que remarque M. BARBIER dans son « esquisse d'une théorie de la laïcité »: « Elle (la laïcité) ne se limite plus à la séparation des Eglises et de l'Etat, ni à la neutralité de l'Etat à l'égard des religions. Elle est désormais conçue d'une manière nouvelle et généralement en termes de liberté. La laïcité traditionnelle apparaît comme dépassée et inadaptée et elle est même parfois remise en cause »<sup>13</sup>. Car, si depuis une vingtaine d'années nous assistons à de nombreux débats sur de nouvelles conceptions de la laïcité, c'est sans doute que le contexte a été propice à une évolution des esprits sur la question. En effet, depuis les fameux débats qui agitèrent le Parlement au moment du vote de la loi de 1905, la République n'a jamais connu de controverses aussi violentes, d'interventions aussi passionnées sur un concept qui semblait, jusqu'à la fin des années 1980, faire l'objet d'un consensus quasi général.

Ainsi, l'affaire des voiles islamiques constitue indubitablement le symbole de cette évolution générale tendant à l'expansion du phénomène religieux dans ce qu'il a de plus provoquant pour les valeurs républicaines.

A travers l'affaire du foulard, la question est la suivante : l'équilibre entre les principes constitutionnels ainsi constitués peut survivre à une attaque qui remet en cause les fondements même de la laïcité ? L'émergence de nouvelles pratiques religieuses nécessite une application du principe de laïcité renouvelée.

<sup>13</sup> BARBIER, Maurice. *op. cit.*, p. 81.

## 6. LA DIFFICULTE DU PLURALISME RELIGIEUX

Nous observons un certain « retour du religieux » dans les communautés minoritaires, en France comme ailleurs. L'Etat ne peut plus se conduire face à ces communautés comme il a pu se conduire face à l'Eglise catholique au début du siècle XX<sup>ème</sup>. Il est important d'observer que le débat actuel sur la laïcité ne se pose plus dans les mêmes termes qu'à l'origine, car la problématique a bien changé : la question n'est plus de savoir quel est l'équilibre entre l'Etat et l'Eglise, mais celle de la pertinence du maintien d'une règle commune en présence de fortes communautés religieuses.

Le contexte actuel, qui est marqué par le triomphe de la mondialisation économique, a engendré une accélération des phénomènes transnationaux et a provoqué un changement des sociétés ainsi que des relations internationales de manière plus générale. Nous ne pouvons pas occulter que cette transformation s'est passée aussi au niveau culturel, créant à l'échelle internationale le terrain propice pour la diversification culturelle, et bien sûr religieuse.

La France, depuis une trentaine d'années, est devenue un pays à forte immigration et dont la composition humaine s'est profondément modifiée. La présence sur le sol français de plus de quatre millions d'étrangers, de culture et de religions différentes de celles de la majorité des Français, a soulevé des problèmes de voisinage, d'assimilation et plus encore d'intégration difficiles à résoudre.

Prenons comme exemple l'antisémitisme: en France, son histoire est aussi ancienne que celle de l'Europe tout entière. Le vieil antisémitisme d'origine chrétienne et d'extrême droite n'a pas disparu et a toujours sa clientèle. En l'espace de deux ans, les actes de racisme ont quadruplé et, parmi eux, les actes d'antisémitisme ont été multipliés par six. Il semble intéressant de faire référence à un sondage réalisé par la commission consultative nationale de droits de l'homme en 2002 a montré que ceux qui professent leur haine des juifs détestent tout autant les arabes, les noirs, etc. L'équation est par conséquent beaucoup plus complexe et doit être traitée en restant en accord avec les valeurs républicaines français de démocratie, d'unité, de liberté, d'égalité et laïcité<sup>14</sup>.

A la lumière de ces principes, il est intéressant d'analyser la communauté musulmane du point de vue de son importance et de son caractère politico-religieux. En effet, l'afflux d'immigrés maghrébins et africains a provoqué l'apparition de cette religion relativement nouvelle en France puisqu'elle s'est réellement développée. Ceci pose de nouveaux problèmes tels que les lieux de culte, les écoles privées...

A cet égard, la république laïque ne dit pas à ceux qu'elle intègre :

---

<sup>14</sup> Ligue des droits de l'homme. L'état des droits de l'homme en France. Paris : Editions La Découverte, 2004, p. 105.

« renoncez à votre culture pour vous soumettre à une autre culture », mais plutôt : « soyez les bienvenus dans un pays où la laïcité s'efforce de tenir à distance toute idéologie particulière, religieuse ou athée, qui voudrait s'imposer à vous ». Mais pour mieux intégrer, il faut gommer tout l'héritage historique marqué par l'inscription du christianisme dans la culture et les repères quotidiens? Est-ce que respecter une culture signifie tout respecter dans une culture?

Ces questions prennent une dimension toute à faire particulière si on considère l'affaire du foulard islamique, qui a suscité la question du port d'un signe d'appartenance religieuse par un élève.

Au sein d'une société de tradition majoritairement chrétienne, les croix ou médailles portées autour du cou des élèves apparaissent en effet comme de signes à la fois fort discrets souvent non susceptibles de révéler une appartenance religieuse dans la mesure où aucune règle vestimentaire ne s'impose aux chrétiens mais aussi parce que cette pratique émane d'élèves de religion dominante. Ainsi, la question juridique majeure du port du signe d'appartenance religieuse par un élève ne s'est finalement posée que lorsque des élèves d'une religion minoritaire, en l'occurrence des élèves musulmanes, se sont également mises à porter un signe d'appartenance religieuse. Auparavant, l'ordre public ne s'était jamais senti menacé par une telle pratique.

De la même façon, on notera que l'administration scolaire n'avait jusqu'à présent jamais eu à traiter de la question des autorisations d'absence sollicitées pour se rendre à une fête religieuse ou pour respecter un jour de repos hebdomadaire dès lors que le calendrier scolaire est calqué sur le calendrier chrétien.

Cette nouvelle question réveillée par l'affaire du foulard oblige l'Etat à donner un nouveau sens à la laïcité, qui a été initialement conçue pour résoudre les difficultés qu'il avait connues avec le catholicisme, en séparant l'Eglise de l'Etat, mais qui maintenant, en raison de la diversité religieuse, doit avoir une connotation plus tolérante et intégrative.

## 7. LA NECESSITÉ D'UNE INTERVENTION LEGISLATIVE

Cette situation de flottement juridique propice à la poursuite et à la multiplication des conflits à la base, dans les établissements, continue jusqu'aux premières années du XXI<sup>e</sup> siècle.

Les normes du « bloc de constitutionnalité », les accords internationaux, les lois, les circulaires ministérielles ainsi que les décisions du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel se prononcent, direct ou indirectement, sur les principes constitutionnels concernant le problème du port du foulard. S'y ajoute aussi, depuis quelques années, une dimension européenne, exprimée par la Cour européenne des droits de l'homme, très exigeante en matière de respect des libertés publiques. En effet, cet ensemble juridique n'est pas sans effet sur

l'affaire du voile.

Le problème qui se pose est qu'il n'existait, en droit positif, aucune règle juridique encadrant le port, par les élèves, de signes religieux dans les écoles, autre que la jurisprudence administrative, car deux circulaires du Ministère de l'Education qui ont été adoptées sur ce sujet, le Conseil d'Etat a jugé qu'elles étaient dépourvues de valeur normative <sup>15</sup>.

Face à ces divergences entre les autorités publiques, l'Etat ne peut totalement ignorer le fait religieux avec lequel il est amené bien souvent à composer, par suite de ce renouveau du sentiment religieux, il est conduit donc à élaborer des réponses nouvelles qui marquent autant d'évolutions du principe de laïcité. Par conséquent, il doit trouver une réponse claire qui peut assurer une solution plus concrète au problème posé du port du foulard. C'est pourquoi il a été posé la nécessité d'une intervention législative pour clarifier le cadre juridique ambigu qui ne permettait plus de faire face aux conflits des « normes ».

En vertu de l'article 34 de la Constitution, le législateur est seul compétent pour déterminer le régime des libertés publiques, et pour concilier leur exercice avec d'autres principes constitutionnels. En ce sens, selon cet article de la Constitution française, il revient à la loi de fixer les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Au-delà de la détermination d'une compétence pour le législateur, cette formule est une reconnaissance constitutionnelle des libertés publiques. Référence largement utilisée par le Conseil constitutionnel, elle sera pour la loi source à la fois d'un domaine étendu et d'une exigence stricte : le domaine des garanties fondamentales est vaste et le législateur a l'obligation de déterminer les règles qui assurent la protection des droits fondamentaux (décisions du Conseil constitutionnel du 13 décembre 1985 et du 18 septembre 1986). Vu sous cet angle, l'intervention du législateur apparaît donc pleinement justifiée pour définir un cadre juridique précis et également applicable dans tous les établissements scolaires. Enfin, il fallait une intervention du législateur pour répondre à l'exigence juridique d'un fondement légal à la restriction d'une liberté fondamentale, telle qu'elle résulte de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales.

Le constitutionnaliste L. FAVOREU, en son article publié le 05 décembre 2003 dans le Monde, a déclaré :

Seule une loi peut opérer une conciliation entre deux principes constitutionnels dont les exigences sont contradictoires : le principe de laïcité, d'une part, affirmé à l'article premier de la Constitution et par le Préambule de la Constitution de 1946, et la liberté de religion, d'autre part, consacrée par les textes constitutionnels de 1789, 1946 et 1958. » Il ajoute encore : « cette loi n'existe pas car ni la loi de 1905

<sup>15</sup> CE 10 juillet 1995, Association « Un Sysiphe », Rec, p. 292.

sur la séparation des Eglises et de l'Etat ni le code de l'éducation ne contiennent de dispositions relatives au port d'insignes religieux ou politiques dans les établissements d'éducation.

La loi sur le port des signes religieux, tant attendue, tant discutée, tant mise en question... a été adoptée par le Parlement le 15 mars 2004. Ses trois articles sont accompagnés d'un exposé des motifs qui rappelle les principes de la laïcité scolaire et ses objectifs.

En ce sens, la loi va interdire dans les écoles publiques « les signes religieux ostensibles, c'est-à-dire les signes et tenues dont le port conduit à se faire reconnaître immédiatement par son appartenance religieuse ». Les signes qui seront visés sont le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive. En revanche, des signes discrets (croix, étoile de David ou main de Fatima) resteront possibles. De plus, cette loi interdisant le port de signes manifestant ostensiblement l'appartenance religieuse au sein des établissements d'enseignement public a un domaine d'application limité, car elle ne concerne ni les universités publiques ni les établissements d'enseignements privés. Néanmoins, elle s'applique en Alsace et en Lorraine<sup>16</sup> malgré le statut particulier de cette région. En revanche, la loi ne s'applique pas à la Polynésie<sup>17</sup>.

Cette intervention législative sur le port des signes religieux a été objet des fortes divergences entre les représentants politiques ainsi que de l'opinion publique, engendrant un débat sans précédents.

La solution législative emporta la conviction, mais demeurerait une autre question qui semble être ouverte : est-ce que cette loi va mettre fin à toute cette polémique au tour du port du foulard ?

La rentrée semble désormais chaude sur le front de la laïcité, avec l'application de la loi interdisant le port d'insignes religieux. Malgré l'apparente simplicité du dispositif, il semble que la mise en oeuvre de cette loi et ses effets ne sont pas encore connus. Ainsi, cette loi pose également de nouvelles interrogations sur son application. La question donc est de savoir si le débat reste ouvert, nonobstant l'adoption de cette loi, à chaque rentrée scolaire comme est le cas depuis 1989. Comme nous pouvons apprendre à partir de la déclaration du Premier Ministre J.-P. RAFFARIN, lors de son intervention à la fin de la discussion générale à l'Assemblée Nationale: « *Nous n'avons ni le sentiment ni la prétention de croire que tout est réglé par ce texte* », a-t-il ajouté, assurant à l'adresse des partisans d'un grand texte sur la laïcité : « *Le travail va continuer* ».

<sup>16</sup> En réalité, la loi ne remet pas en cause les spécificités des départements d'Alsace - Moselle, puisque aucune règle de droit local ne concerne le port de signes religieux à l'école. En conséquence, l'article L 481-1 du code de l'éducation nationale, selon lequel : « Les dispositions particulières régissant l'enseignement applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle y demeurent en vigueur », continuera à s'appliquer.

<sup>17</sup> En effet, en vertu du statut d'autonomie de cette collectivité, les établissements scolaires relèvent de la compétence des autorités territoriales.

## 8. CONCLUSION

Face à une absence d'une réponse claire et précise en temps opportun, plusieurs gouvernements successifs se sont retrouvés confrontés à « l'affaire du foulard islamique ». C'est pourquoi ce dossier embarrasse les plus hautes autorités de l'Etat, le Conseil d'Etat, le ministre de l'Intérieur, le Ministre de l'Education, les responsables des cultes<sup>18</sup>...

Cette problématique prend une importance particulière, si nous considérons que cette France du XXI<sup>e</sup> siècle est un pays démocratique et le berceau des droits de l'homme, qui pourrait être se voir reprocher une éventuelle discrimination envers une communauté minoritaire.

La démocratie implique par essence la reconnaissance de la diversité. Tant que cette diversité s'inscrit dans un même cadre, les difficultés de cohabitation sont en général mineures et peuvent être assez aisément surmontées. Les véritables défis à la démocratie sont liés à des conflits de valeurs, de lois et de normes, en particulier lorsque certaines expressions culturelles ou religieuses se présentent comme l'image d'un passé que nous avons combattu ou refusent elles-mêmes la diversité. Or, on assiste aujourd'hui à la montée de courants fondamentalistes religieux de tout ordre face auxquels les démocrates se doivent de réaffirmer clairement un certain nombre de principes.

Néanmoins, les réactions envers l'intervention législative sur le port de signes religieux ne sont pas bien entendu harmoniques, car le sujet n'a pas été complètement tranché. L'importance actuelle du débat sur la laïcité dépasse les frontières de la France. Malgré une tendance à la réorganisation de la scène internationale en blocs régionaux, la France est le seul pays de l'Union Européenne à avoir une loi interdisant du port de signes religieux dans les établissements scolaires publics, ce qui a engendré des réactions vigoureuses de la part d'autres pays membres. D'autre part, le panorama moderne est caractérisé par l'échange intensif entre les différents pays, de manière telle qu'aucun phénomène ne peut être considéré comme un épiphénomène sans répercussions.

De plus, les dernières années ont été marquées par l'expansion mondiale d'Islam et bien sûr de l'intégrisme qui peut l'accompagner. Le fanatisme religieux peut fabriquer des actes inadmissibles contre l'Etat Républicain, comme l'assassinat et la prise d'otage des innocents, comme nous l'avons vu lors du 11 Septembre 2001, de l'attentat de Madrid, ou avec la prise d'otage des reporters français en Irak par des islamistes fanatiques. En conséquence, l'Etat Républicain a le devoir de réagir face a cette intrusion du religieux. Par contre, ces faits peuvent, par un syllogisme dangereux, lier l'intégrisme islamique à la communauté musulmane, renforçant la diabolisation de l'islam.

---

<sup>18</sup> DE BEZE, M.-O. Pour une loi sur le voile. In : *Revue Administrative*. n. 337, 2003, p. 37.

Nous avons pu percevoir que l'affaire du port du foulard n'est qu'un signe d'une évolution du phénomène religieux dans la société et la République française, ainsi que du changement des rapports sur la scène internationale, mais également de la difficile tâche d'intégration dans une démocratie.

## 9. REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

BARBIER, Maurice. Esquisse d'une théorie de la laïcité. In : *Le débat*. novembre - décembre 1993, p. 73-87.

BAUBEROT, Jean. *Vers un nouveau pacte laïque ?*. Paris : Seuil. 1990.

CALENDRE, Olivier. *République et laïcité*. Mémoire de DEA Droit public fondamental soutenu à la faculté de droit de Grenoble, 1995.

FAVOREU, Louis. *Droit des libertés fondamentales*. 2. édition, Paris : Précis Dalloz, 2002.

FRISON ROCHE, Marie Anne. *Droits et Libertés fondamentaux*. 8. édition, Paris : Dalloz, 2002.

GUILLENCHMIDT, Michel. Le port de signe religieux distinctif. In : *Cahiers Sociaux du Bureau de Paris*. spécial juillet - août 2003, p. 45-48.

LIGUE DES DROITS DE L'HOMME. *L'état des droits de l'homme en France*, Paris : Editions La Découverte, 2004.

PENA-RUIZ, Henri. *La Laïcité*. Paris : Editions Flammarion, 2003.

RIVERO, Jean. La notion juridique de laïcité. In: *Dalloz*. Chronique n°33, 1949, p. 137-140.

STASI, Bernard (présidée par). *Laïcité et République* (Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République). Paris : La Documentation française, 2003.





# POR UMA POÉTICA DO DIREITO: INTRODUÇÃO A UMA TEORIA IMAGINÁRIA DO DIREITO (E DA TOTALIDADE)<sup>1</sup>

*Willis Santiago Guerra Filho<sup>2</sup>*

## RESUMO

O artigo propõe a retomada de estudos do direito situados em um quadro mais amplo, tal como idealizado e, a seu tempo, em parte, também realizado pelo italiano Giambattista Vico, no século XVIII, quando contrapôs ao racionalismo de matriz cartesiana uma abordagem calcada no que se pode denominar a utilização poética da linguagem, o que converge para os estudos contemporâneos em filosofia, quando se vê na linguagem o que há de mais fundamental a ser perquirido, bem como com propostas as mais diversas, oriundas igualmente das ciências humanas, no sentido de apontar para o caráter fundante que tem a imaginação no esforço humano de entender qualquer manifestação mundana ou consciencial.

## Palavras-Chave

Teoria do Direito. Epistemologia. Imaginação. Poética.

## ABSTRACT

The paper proposes a return to the legal studies located in a broader framework, such as idealized and in his times also practiced by the Italian Giambattista Vico in the 18<sup>th</sup>. Century, which opposes the Cartesian like rationalism with an approach based on what we may call a poetic use of language. To this converges also contemporary studies in the field of philosophy, when language is envisaged as the ultimately reality to be reached, as well as the efforts that can be found in humanities, in order to point out to the founding nature of imagination in all the human features to comprehend worldly and consciences manifestations.

<sup>1</sup> Versão ampliada de texto utilizado pelo A. em palestra proferida no dia 11 de agosto de 2009, na abertura do semestre letivo do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito (FFB), por ocasião do lançamento nacional da segunda edição da sua obra *Teoria da Ciência Jurídica* (São Paulo: Saraiva).

<sup>2</sup> Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Faculdade Farias Brito (FFB-CE). Professor Efetivo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM-RJ). Pesquisador da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Paulista (UNIP). Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade de Bielefeld (Alemanha). Pós-Doutor em Filosofia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: willisguerra@hotmail.com

## Key-words

Legal theory. Epistemology. Imagination. Poetics.

## 1. INTRODUÇÃO

A expressão “Teoria Imaginária do Direito” apresenta uma postulação epistemológica e uma outra, ontológica. A primeira, referente à natureza da teoria do direito e, antes, à de toda teoria, aponta para o seu caráter imaginário. A segunda, referente à natureza do próprio direito, objeto de uma tal teoria, também aponta para o seu caráter imaginário.

No que tange à postulação epistemológica, ela se põe em confronto com uma tradição racionalista, que tem na filosofia cartesiana sua mais conhecida representante, a qual reverbera até a contemporaneidade, por exemplo na concepção sartreana sobre o imaginário, quando ele trata o produto da atividade imaginativa, a imagem,<sup>3</sup> como um símbolo deficiente, ontologicamente esvaziado, a ser superado pelo conceito, correlato da atividade racional (ou talvez melhor dizer racionalizadora), o “pensamento retificado”, como bem o denomina Gilbert Durand.<sup>4</sup>

Juntamente com este último, na esteira de outros, anteriores, como Bachelard e Minkowski, vamos entender o pensamento lógico-racional, do encadeamento linear, como um caso particular e, enquanto particularização, também uma limitação, da forma originária e fundamental de pensamento, que é aquela por imagens, do imaginário. E entendemos que foi o próprio avanço da investigação teórica, onde ela é mais reconhecida como científica, ou seja, na matemática e na ciência natural, sobretudo a física, que trouxe uma tal compreensão, tornando a geometria euclidiana uma das possibilidades de elaboração de uma axiomática rigorosa sobre as propriedades do traçado de figuras em um plano que não podemos esquecer ser imaginado, logo, imaginário, assim como a lógica formal aristotélica, bivalente (que usa apenas os valores da falsidade e verdade), também é uma dentre muitas lógicas possíveis. O avanço da matemática, que é de se considerar como o avanço da própria imaginação humana criativa em um de seus setores, terminou impulsionando o avanço da investigação da matéria e do espaço físicos, permitindo que se forjasse a cosmologia relativística e a microfísica quântica. Nesta última, por exemplo, já se sabe que a idéia de “átomo” é uma abstração, não havendo esta partícula última indivisível, um “ponto”, tal como concebido na geometria euclidiana, tornada padrão de racionalidade pelo cartesianismo da (primeira ou mais recuada) modernidade. Imaginemos então que esse ponto na verdade é um círculo, reduzido a proporções infinitesimais, e consideremos que uma

<sup>3</sup> Cf. SARTRE, J.-P. *L'Imaginaire*. Paris: Gallimard, 1940, p. 148 e s. Bem diferente em relação ao tema da imagem e sua importância é a postura de autor anterior a Sartre, que em seu tempo teve a mesma importância que ele, no cenário filosófico francês – e, logo, também mundial. Estou a me referir a Henri Bergson, cujo pensamento será retomado por aquele que sucederá Sartre, no centro das atenções do *grand monde* filosófico: Gilles Deleuze.

<sup>4</sup> *Las Estructuras antropológicas del imaginario*. México (D.F.): Fondo de Cultura Económica, 2004 [1992], p. 35.

reta é formada por uma série de pontos, assim como em cada ponto da reta se pode conceber o cruzamento com ela de uma outra reta, sendo o que estabelece o sistema de coordenadas cartesianas, mas cada ponto é, na verdade, o lugar de um corte, que em matemática se denomina “corte de Dedekind”.<sup>5</sup> A imagem que agora se tem desse sistema de coordenadas é totalmente diferente, e ela expressa bem uma outra percepção da realidade que a partir daí se pode obter, diversa daquela linear, cartesiana, a qual se mostra como uma abstração redutora diante dela. Retomaremos adiante estas colocações.

Com relação à postulação ontológica, sobre o caráter imaginário do próprio direito, enquanto objeto de estudos teóricos, para entendê-la, basta que se atente para a circunstância de que o direito é também uma forma de conhecimento, sendo um modo como numa sociedade se dá a conhecer aos seus membros o comportamento que é esperado de cada um, pelos demais. Eis que, como era de se esperar, a postulação epistemológica e aquela ontológica convergem, mostrando-se como “os dois lados de uma mesma moeda”, “moeda” esta que o jurista e filósofo Miguel Reale, por influência (neo)kantiana, muito bem denominou “ontognosiologia”. O que aqui se quer então destacar é o caráter fundamentalmente “po(i)ético”, criativo, imaginativo de toda obra humana, aí incluídos tanto o direito como o conhecimento que se produz, a seu respeito, e também em geral, a totalidade do que se conhece, enquanto dependente de alguma forma de decodificação - ou *signatura*, para utilizar a expressão alquímica de Paracelso, amplamente empregada por Jacob Boehme, retomada de há pouco por Giorgio Agamben -, para ser por nós percebida significativamente, numa articulação simbólica.

## 2. NATUREZA FICCIONAL DO DIREITO

Partindo da consideração do Direito como uma criação humana, coletiva, é que de último jusfilósofos dentre os mais acatados, a exemplo de Ronald Dworkin, professor de filosofia do direito em Oxford e em Nova Iorque, vêm propondo uma compreensão do universo jurídico em aproximação com aquele da ficção e, mais especificamente, da literatura. Outro teórico do direito contemporâneo, de expressão, que se pode referir, em sintonia com uma tal concepção, é o também nova-iorquino Richard Posner, que assim como a professora de filosofia do direito em Harvard, Martha Nussbaum, encontra-se na origem do que veio a se chamar o movimento do direito e literatura (*Law & Literature Movement*). Contudo, não se faz necessário recorrer ao pensamento anglo-saxão a fim de encontrar apoio para quanto aqui se pretende sustentar a respeito da natureza ficcional do Direito, pois em nossa própria tradição, originária da matriz continental européia, houve quem fizesse indicação nesse

---

<sup>5</sup> Devo a referência ao “corte de Dedekind” a diálogo mantido com José Dantas (em 21.01.2010), que em manuscrito inédito sobre matemática a ele se refere, em um outro contexto, *i.e.*, para definir número irracional, como “uma fenda existente em uma seqüência de racionais que o cercam sem nunca chegar lá”.

sentido, e com precedência, sendo autor de obra que se tornou paradigmática, a saber, Hans Kelsen. É certo que o pensamento kelseniano oficial não costuma destacar esse aspecto da elaboração teórica de seu autor referencial, posterior à segunda edição da Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), em 1960, concebida para se tornar canônica. Insiste-se, portanto, em referir à norma que seria o próprio fundamento de validade e, logo, de existência positiva do Direito, por isso mesmo dita norma fundamental ou básica (*Grundnorm*), como sendo uma norma hipotética, quando o próprio Kelsen, comprometido ao máximo como sempre esteve com a coerência do pensamento, percebeu que não poderia entender como sendo uma hipótese uma norma jurídica, pois hipóteses são assertivas feitas na forma de um juízo lógico, que podem ser verdadeiras ou falsas, a depender da correspondência de quanto ali se assevera com o que se comprova empiricamente, experimentalmente. Ora, isso significaria ultrapassar o limite entre o mundo do ser (*Sein*), onde se situam os fatos reais (*Tatsache*), e aquele do dever ser (*Sollen*), onde se encontram os fatos possíveis (*Sachverhalt*) que forem (juridicamente) selecionados para fornecer a base de uma imputação do Direito, a chamada *fattispecie*, da doutrina italiana, que corresponde ao “suporte fático” (*Tatbestand*), da doutrina germânica. E tal limite, como é sabido, foi rigidamente estabelecido como um pressuposto de toda a teoria do direito kelseneana, a fim de evitar a chamada “falácia naturalista”, denunciada já por David Hume e, na esteira dele, por Immanuel Kant, principal referência filosófica para Kelsen. Essa falácia ou falso raciocínio ocorre quando se pretende fazer uma dedução do que deve ser a partir do que é, minando assim a autonomia da moral, do Direito, da estética e de tudo quanto estabelece o ser humano como critério de avaliação de sua conduta, por em assim procedendo fazer depender de uma determinação prévia do que seja o bom, o justo ou o belo a possibilidade de se estabelecer parâmetros de julgamento do que quer que se venha a fazer com a intenção de atingir tais ideais.

A qualificação de uma norma jurídica, portanto, não pode ser a de que é verdadeira ou falsa, ou seja, a de que corresponda ou não a fatos reais, do mundo do ser, daí dependendo sua existência, mas sim a de que é válida ou inválida, em se verificando sua correspondência com os fatos de ocorrência possível, do mundo do dever ser, instituído juridicamente. Na origem lógica – e não, propriamente, histórica – do universo jurídico que temos posto, positivado, diante de nós, Kelsen “pre(s)u-pôs” uma norma primeira, esvaziada de conteúdo, uma forma pura, puramente jurídica, como uma mera indicação da existência de um mundo de normas a ser entendido como Direito, juridicamente vinculante, mas sem uma vontade que (im)pusesse uma tal norma, a tornasse posta, positiva, e ela é que seria o fundamento de validade, a justificativa (lógica) de existência, de todas as normas efetivamente postas, positivas. Essa norma, na 2ª edição da Teoria Pura do Direito é considerada, kantianamente, uma condição transcendental de possibilidade do conhecimento jurídico, ou seja, algo como as categorias de tempo e espaço, enquanto necessárias para o conhecimento do mundo físico, mas depois Kelsen se deu conta de que, justamente por ser

uma categoria, ou seja, literalmente, um “modo de falar” (do grego *kat' gorein*) – no caso, sobre o Direito -, não poderia ser uma norma, jurídica, que na sua própria definição é o que confere um sentido, jurídico-positivo, a um ato de vontade, criando Direito a partir de Direito previamente estabelecido. A norma fundamental cumpriria a função de evitar o *regressum ad infinitum*, o círculo vicioso, do Direito que é criado a partir do Direito, mas atribuindo-se a ela o caráter hipotético e a natureza de uma categoria, ela restava descaracterizada como norma, não podendo assim ser a primeira de uma série – é como, mal comparando, se considerasse que o primeiro dos números da série de números naturais, o zero, não fosse um número, fosse um “não-número”, por ser zero, o que restou definitivamente superado pelas investigações de Frege sobre os fundamentos da aritmética, que demonstraram como a definição de todos os demais números da série dos cardiais pressupunha a existência de um primeiro número “n”, diverso do número 1 e diverso também de si mesmo, para validar a fórmula definidora de todos os x-números dessa série numérica. Ocorre que um tal objeto, contraditório (igual e diverso de si mesmo), não-existente, mas dotado ainda assim de existência, pois dele depende a existência, racionalmente justificada, de outros, “normais” (ou, no caso dos números, “naturais”), em matemática, já adquire o estatuto do que aqui se entende como “imaginário”, remetendo-nos à transcendência – só sobre a divindade é que se produziu, em outros contextos, afirmações como esta, demarcando tão radical diferença com o que habitualmente nos deparamos.

A solução encontrada por Kelsen, similar à que se proporia em matemática, diante de um tal impasse, quando se criou os números imaginários – mas esse não é o momento de adentrar em considerações desse gênero, de resto expendidas em nossa “Teoria da Ciência Jurídica” e em outras oportunidades -,<sup>6</sup> foi a de considerar sua norma fundamental como uma norma fictícia, norma em sentido figurado (*fingierte*), um “como se”, no sentido da filosofia do “como se” de Hans Vaihinger.<sup>7</sup> O propósito maior da obra,<sup>8</sup> como reconhece ao final seu A. - em sua auto-proclamada teoria “idealístico(-crítica)-positivista”, de matriz, a um só tempo, kantiana

<sup>6</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200, sobre os números imaginários, e a nota 348, p. 198, sobre o que se vem de referir a respeito das investigações de Frege. v. tb. *id.*, “Significado filosófico da matemática”, in: *Revista Filosofia*, n. 43, São Paulo: Escala, 2010.

<sup>7</sup> Cf. KELSEN, *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris, 1986 p. 328 e seg.: “Em obras anteriores falei de normas que não são o conteúdo significativo de um ato de vontade. Em minha doutrina, a norma fundamental foi sempre concebida como uma norma que não era entendida como o conteúdo significativo de um ato de vontade, mas que estava pressuposta por nosso pensamento. Devo agora confessar que não posso continuar mantendo essa doutrina, que tenho de abandoná-la. Podem crer-me, não foi fácil renunciar a uma doutrina que defendi durante décadas: a abandonei ao comprovar que uma norma (*Sollen*) deve ser o correlato de uma vontade (*Wollen*). Minha norma fundamental é uma norma fictícia, baseada em um ato de vontade fictício. Na norma fundamental se concebe um ato de vontade fictício, que realmente não existe”.

<sup>8</sup> Cf. HANS VAIHINGER, *Die philosophie des Als-Ob*, 1. ed. 1911, ed. popular (*Volksausgabe*), resumida, Leipzig: Felix Meiner, 1923.

e nietzscheana -, é diferenciar ficções de hipóteses, enquanto recursos heurísticos. No capítulo próprio, a respeito (Parte I, Cap. XXI, p. 87 ss. da ed. cit.), as primeiras são apresentadas como conscientemente inventadas, sem pretensão de serem verdadeiras, no sentido de corresponderem à realidade, tal como as hipóteses, que devem ser prováveis (e comprováveis), enquanto as ficções, por seu turno, devem ser úteis para fazer avançar o conhecimento, dando como resolvidas questões que se apresentam como obstáculos para este avanço. Daí que, ao final da obra, o A. apresente como exemplo típico de ficção os dogmas da teologia – em passagem que será lembrada por Freud, em sua apreciação psicanalítica da religião, no texto “O Futuro de uma Ilusão” -, assim como antes apontara o direito e a matemática como as disciplinas que mais se valem do recurso para resolver seus problemas, por meio de uma formalização que as tornaria muito similares, estruturalmente - Vaihinger se refere a um “parentesco fundamental (*prinzipielle Verwandtschaft*)” -, na medida em que abstraem especificidades dos objetos reais para subsumi-los a proposições generalizantes (*abstrakte Verallgemeinerung* – *id. ib.*, Cap. XI, p. 56 ss.), a fim de equipará-los por analogia e realizar cadeias dedutivas (*ib.*, Cap. V, p. 32 s.). Tratar uma assertiva como do domínio da ficção, portanto, é vedar de antemão a sua possibilidade de corresponder à realidade, enquanto a hipótese implica a pretensão de, possivelmente, se confirmar.<sup>9</sup>

### 3. O DIREITO COMO PARTE DO MUNDO CRIADO PELO DESEJO

O mundo da ficção é um mundo de possibilidades reduzidas, onde não se pode saber sobre o que não nos é dado a conhecer pelos responsáveis por sua criação. Existir como uma ficção é existir menos do que o que existe realmente, pois é nesta última forma de existência, e não naquela, em que logicamente tudo pode acontecer, desde que não implique em contradição com o que já existe, enquanto a coerência narrativa, a consistência entre o ocorrido antes e depois - que segundo Dworkin é o que se deve esperar encontrar e, logo, cobrar, no Direito -, seria a um só tempo, mais vaga e mais constringente, para determinar o que pode acontecer. Daí se poder falar, com o importante fenomenólogo polonês Roman Ingarden, de uma “incompletude ontológica” do universo ficcional, do qual só se pode saber o que nos informa o seu “demiurgo”, que no caso da literatura são os autores das obras ficcionais.<sup>10</sup> Assim, os juízos realizados no âmbito deste universo ficcional diferem daqueles feitos a respeito da realidade propriamente dita, a ponto de se poder denominá-los, como o fez Roman Ingarden, “quase-juízos”, inaptos a serem considerados “verdadeiros” ou “falsos”, pois a “realidade” da ficção é uma simulação da realidade, enquanto ficcional, mas

<sup>9</sup> Para uma exposição do intenso debate contemporâneo sobre o valor heurístico da ficção, inclusive no âmbito da filosofia analítica, cf. GOTTFRIED, Gabriel. “Sobre o Significado na Literatura e o Valor Cognitivo da Ficção”, in: *O que nos faz pensar: Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-Rio*, n. 7, 1993, p. 63 ss.; GUERREIRO, Mario Antonio. *O problema da ficção na filosofia analítica*. Londrina: UEL, 1999.

<sup>10</sup> Cf. BARRY SMITH, “Meinong vs. Ingarden on the logic of fiction”, in: *Philosophy and Phenomenological Research*, 1978, p. 93 ss., disponível em <http://ontology.buffalo.edu/smith/>; Id. e JOSEF SEIFERT, “The truth about fiction”, in: *Kunst und Ontologie. Für Roman Ingarden zum 100. Geburtstag*, W. GALEWICZ et al. (Hrsg.), Amsterdam/Atlanta: Rodopi, 1994, p. 97 ss.

o mesmo não se pode dizer dos juízos em outros âmbitos, como em Direito, que se referem a um possível “estado de coisas” (*state of affairs*, *Sachverhalte*). Este não é de se considerar uma simulação da realidade, mas uma outra realidade, de uma outra natureza – deontológica, no caso do Direito, do âmbito do dever ser, e não puramente ontológica, do ser (*ontos*, em grego antigo) -, humanamente construída, sim, tal como a ficção, mas de modo coletivo, difuso, e dotada de um caráter vinculante, que a impõe a nós COMO SE realidade fosse, na qual devemos acreditar – e não apenas podemos, se quisermos -, e isso para evitar que, em razão do descrédito, se venha a sofrer conseqüências, bem reais, como são as sanções jurídicas.

O Direito, então, disponibiliza aos que a ele se encontram sujeitos, e que em face dele se tornam sujeitos passíveis da aquisição de direitos e obrigações correlatas, meios de *produzir uma história*, vinculante para os que nela tomarem parte, e vinculando-os a partir da obediência ao que se encontre previamente estabelecido pelo Direito, enquanto apto a desempenhar a função no enredo que nele pretendam os envolvidos adotar, a fim de atingirem suas finalidades e propósitos, com respaldo jurídico. Aqui é elucidativa a analogia com o jogo, como o xadrez, com suas possibilidades virtualmente infinitas de jogadas, a partir da estipulação de como podem se mover no tabuleiro suas peças, sendo a definição prévia do que pode fazer qual peça absolutamente essencial para que se possa avaliar, ao longo de um jogo, se ainda se continua jogando xadrez ou se, por atribuir, ainda que seja a uma só peça, funções outras, imprevistas, não se descaracterizaria, com ela, o próprio jogo, restando apenas a aparência do jogo original, pela permanência de figuras que não se pode mais considerar como, efetivamente, aquelas de um verdadeiro jogo de xadrez, de acordo com suas definições estipulatórias. Essa dependência do jogo em relação às suas regras constitutivas foi mostrada em uma passagem bem conhecida de suas “Investigações Filosóficas” por Ludwig Wittgenstein, sendo transposta para a reflexão jusfilosófica por um seu discípulo, Herbert Hart, ao considerar a norma jurídica uma prática social, em tudo e por tudo similar àquelas dos jogos. Aliás, o jogo é também uma ficção, um combate fictício, engendrado para dar vazão aos anseios lúdicos, agônicos, do ser humano, tão bem estudados por Huizinga em seu clássico “*Homo Ludens*”. Entende-se, assim, a proposta feita recentemente por Giorgio Agamben,<sup>11</sup> no sentido de que aos filósofos, como às crianças – e, de nossa parte, acrescentaríamos os poetas -, caberia a descoberta de novas dimensões para os usos comuns dos meios que se encontram a disposição para atingir certos fins - jurídicos, econômicos, políticos etc. -, tornando-os inúteis para tais finalidades, no mesmo gesto em que os utilizam para outras finalidades, mais diretamente prazerosas, como jogar.

O direito é, portanto, parte desse universo lúdico, criação do desejo humano, um modo de imaginar o real em descrições que façam sentido, como diria o antropólogo Clifford Geertz.<sup>12</sup> Ora, em um mundo concebido (nietzscheanamente) como sonho (de

<sup>11</sup> Cf. *Profanazioni*, Roma: Nottetempo, 2005, p. 87.

<sup>12</sup> Citado em *Teoria da Ciência Jurídica*, cit., p. 238.

deidades que são o aspecto subjetivo do cosmo, entendido como uma *diacosmese*, uma epifania dessas diversas divindades em que cada uma a seu modo, de múltiplas formas, expressa o cosmo em sua totalidade, como nos explica em sua “*Mitologia*” o grande sábio luso-brasileiro Eudoro de Sousa) pode acontecer muito mais e com maior facilidade do que na realidade fixada por nossos hábitos, pois ele não só varia muito mais no tempo e no espaço reais, como também dispõe de um tempo e espaço próprios, a ponto de se poder vir a realizar uma cosmologia, filosófica, totalmente diversa daquela astronômica, que é como se pode conceber, por exemplo, os esforços da psicanálise.<sup>13</sup> É certo que nisso a filosofia, assim como a ficção e, com anterioridade, o mito, seja na magia, seja na religião,<sup>14</sup> demonstra-se “constituente de mundo” (*weltbildend*), mas se não é propriamente ficcional o modo de existência originário do mundo, a ser captado pela filosofia, e vazado nos moldes cunhados pelo Direito, qual seria o seu estatuto? A proposta que aqui se avança é a de que ele é da ordem do desejo, considerando-se a expressão como formulada utilizando o genitivo em sentido *subjectivus* e também *objectivus*, ou seja, como sendo o mundo ao mesmo tempo causa e efeito, ou função, do desejo, do que é mais propriamente humano, e não da vontade ou de necessidades, que geram interesses, como defende o utilitarismo tecnicista hoje predominante.

Ao considerarmos o mundo, tal como o concebemos, representamos, imaginamos, como um produto do desejo lhe conferimos o mesmo estatuto dos sonhos, isto é, um caráter onírico, imaginário. Tratar-se-ia, então, de algo como um sonho coletivo, construído a partir do que já é dado como sendo o mundo, a realidade, sim, mas sempre *in fieri*, nunca devendo ser tido como já pronto e acabado, ou seja, objetivo, pois além de depender de sujeitos, desejantes, que o tenha posto, no passado, visando uma previsão e controle do futuro, contingente, depende também de sujeitos que o “re-ponha”, no presente, atualizando o que há de ser visto como potencialidades, realizando possibilidades.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Disso se mostram perfeitamente conscientes aqueles estudiosos de psicanálise da vertente londrina, kleiniana. No Brasil, cf., v.g., SANDLER, Paulo Cesar. *A Apreensão da Realidade Psíquica*. vol. VII, *Hegel e Klein: A tolerância de paradoxos*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

<sup>14</sup> Esta é a posição de Vicente Ferreira DA SILVA, em “*Para uma etnogonia filosófica*”, in: *Revista Brasileira de Filosofia*, 1954. V. tb. id., *Filosofia da Mitologia e da Religião*, in: *Obras Completas*, vol. I., São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1964, p. 299 ss.

<sup>15</sup> Aqui cabe suscitar a contribuição que pode ser dada pela “poética dos sonhos (*rêverie*)” de Bachelard, para quem “Um mundo se forma em nossos sonhos, um mundo que é nosso mundo. E esse mundo sonhado nos ensina possibilidades de crescimento de nosso ser nesse universo que é nosso”. *La Poética de la Ensoñación*, trad.: IDA VITALE, México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 20. Essa é também a poética modernista proposta para as artes, desde Baudelaire e, mais radicalmente, por Apollinaire - cf., v.g., AMORIM, Silvana Vieira da Silva. *Guillaume Apollinaire: Fábula e Lírica*. São Paulo: UNESP, 2003 -, que se engaja na produção de um mundo que revele possibilidades desapercibidas do real. Bachelard será reivindicado pelo “pai” do Surrealismo, André Breton, que se insere nessa tradição modernista, como ele próprio reconhece – cf. BRETON, André. *Conversaciones (1913 – 1952)*, Tradução de Letícia Piccone, México: F.C.E., 1987. E Gilbert Durand irá se colocar nessa linha, junto ao “surrealismo contemporâneo”, bem como dos “grandes românticos alemães” (Novalis, Hölderlin etc.), pela superação do que Piaget denominou de “adultocentrismo”, para assim recuperar a matriz metafórica, imaginária, de onde emana todo a atividade mental humana, inclusive aquela mais redutora, a que aqui

Nesse contexto, é de um saber prático que se trata, mas do tipo po(i)ético, “criador” de mundo, produtivo, ao invés daquele seu outro tipo, o técnico, reprodutivo, “explorador” de mundo. Aquele pode ser caracterizado como o que indica como algo pode ser feito, uma vez que se decidiu fazê-lo, estabelecendo uma verdade onde se faz uma questão. A teologia, por exemplo, foi considerada um saber prático já por John Duns Scot (1266 – 1308),<sup>16</sup> mesma época em que os Glosadores da escola de Bolonha estarão abordando desta maneira o Direito. Também como ele - e antes dele, influenciando-o, Avicena ou Ibn Sînâ -,<sup>17</sup> pode-se defender que do Ser de Deus, o criador, ser-em-si, deve-se falar como do ser dos entes, as criaturas, em um sentido unívoco e não, por exemplo, como em Tomás de Aquino, em sentido análogo, tal como demonstrou seu sucessor na cátedra dominicana de Paris, o místico Mestre Eckhart, que também tanta influência teve em Heidegger, com sua afirmação da absoluta diferença (ontológica), estranheza,<sup>18</sup> do Ser - logo, também de Deus, que é enquanto ser, e não enquanto ente, ainda que supremo, e maximamente superior, donde poderemos dizer que Ele, ao contrário de nós, não ex(ks)iste,<sup>19</sup> pois não “está (iste) fora (ex ou εξ)” e, sim, além, do mundo e de toda conceitualização, por ser transcendente:<sup>20</sup> como já afirmavam os medievais, na esteira de Duns Scot, e esse com base em Avicena, n’Ele coincidem a essência e a existência, ser e realidade, enquanto nossa essência de entes humanos é a possibilidade - de ser, e também de não ser.<sup>21</sup>

---

denominamos racionalizadora, dita racional - cf. ob. cit., p. 35. Nesse aspecto, vale lembrar a elaboração convergente da psicanálise kleiniana e de seus herdeiros intelectuais, da chamada Escola de Londres - cf., a propósito, BRITTON, Ronald. *Crença e Imaginação*. Tradução de Liana Pinto Chaves. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

<sup>16</sup> Cf., v.g., o “Prólogo” da *Ordinatio*, quinta (e última) Parte.

<sup>17</sup> Cf. ATTÍE FILHO, Miguel. *Os Sentidos internos em Ibn Sînâ (Avicena)*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 31.

<sup>18</sup> Daí não ser nenhuma surpresa a afinidade heideggeriana de estudiosos do gnosticismo, como Henry Courbin, o primeiro tradutor de Heidegger na França, seu aluno Hans Jonas e, mais recentemente, Peter Sloterdijk. Como para Heidegger, também para os gnósticos cristãos dos primeiros séculos, estando o homem “estranhado” de sua origem divina em um corpo e um mundo criados pelo demiurgo, divindade inferior e invejosa do Deus verdadeiro e supremo - note-se aí um outro traço heideggeriano, na concepção de uma pluralidade de deidades -, não procede a definição corrente de que se trata de um animal, ainda que racional. Isso mesmo que em Heidegger, como em um seu coetâneo com tantas afinidades, como o espanhol injustamente menosprezado Ortega y Gasset, não se suscite uma origem divina do humano, nem tampouco meramente natural, dada a distância do ser formador de mundo em relação ao que dele são desprovidos ou pobres - cf. HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: mundo, finitude, solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, 2a. Parte, 2o. cap., §§ 43 ss., p. 204 ss.; GARCÍA, Antonio Regalado. *El laberinto de la razón: Ortega y Heidegger*. Madrid: Alianza, 1990, p. 288 ss. Sobre o papel na elaboração do pensamento heideggeriano da estranheza-familiar, o Unheimlich, o qual Heidegger encontraria antes em Hölderlin que em Freud, v. ainda STEIN, Ernildo. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Ithaca, 1966, p. 100 s.

<sup>19</sup> Cf. HEIDEGGER, Martin. *Metafísica de Aristóteles*. Tradução de E. P. GIACHINI. São Paulo: Vozes, 2007, p. 52.

<sup>20</sup> Para esse duplo sentido da palavra “transcendência” cf. CAMPBELL, Joseph Isto és tu. *Redimensionando a metafóra religiosa*, EUGENE KENNEDY (org.), trad.: EDSON BINI, São Paulo: Landy, 2002, p. 181 s.

<sup>21</sup> Daqui se origina a idéia de uma renovação da filosofia a partir da investigação do que somos na

#### 4. O DIREITO POSTO (POSITIVO) POETICAMENTE CONCEBIDO COMO DIREITO POSSÍVEL

É a partir de tais colocações que também se abre uma perspectiva para o desenvolvimento, em teoria da ciência jurídica, em um sentido próprio e atual, isto é, falibilista, porque humana e, logo, “possibilista”, imaginária. O direito, então, ao invés de positivo, *positum*, dado, objetivamente, há de ser concebido antes como possível, imaginário, pois a ficção é a verdade do direito, e o direito é a camuflagem do poder, apropriado e exercido pelos “autores-intérpretes” desta grande montagem, que é a sociedade. Isso porque o que é verdadeiro e falso, em direito, como na política e setores afins, se determina pela “coerência da narrativa” (Dworkin, MacCormick), tendo toda verdade a estrutura de uma ficção, de montagem teatral – *fictio figura veritatis*, conforme a máxima dos glosadores, lembrada por Ernst H. Kantorowicz e, na esteira deste, Pierre Legendre.<sup>22</sup>

Daí ser o tipo de discurso que é desenvolvido no âmbito da teoria jurídica de se considerar, em um sentido amplo, um discurso ficcional, poético, ou melhor, “poiético” (do grego *poiésis*, “fazer”, “produzir”, “criar”), já por podermos imaginar várias versões para a história da origem do humano, permanecendo sempre o mesmo desfecho, a saber, o de sermos um ser produzido pelas proibições que se nos impõem e, logo, também, nos impomos.

Na atual concepção epistemológica, em lógica e matemática, assim como na física e ciências em geral, “encontra-se o real como um caso particular do possível”.<sup>23</sup> É certo que foi o avanço mesmo da pesquisa em microfísica ou física quântica, como indicado acima, que instaurou a possibilidade (ou a “indeterminação”) no próprio cerne dos fenômenos estudados nesse nível, pois uma molécula ativada por um *quantum* de luz tanto pode integrá-lo em seu material, como pode reemitir o seu ganho de energia sob a forma de radiação, ou ainda entrar em reação química com outras moléculas, bem como romper o *quantum*, transformando-o em energia.<sup>24</sup>

Com isso, as ciências vão ao encontro daquela antropologia fundamental, que a partir de poetas-filósofos como Novalis, para quem o homem é o autor de sua realidade,

---

situação concreta, fática, da vida, proposta por Heidegger - no que se pode denominar, antes que uma “fenomenologia da liberdade” (Günter Figal) ou, com mais precisão, uma “fenomenologia da(s) possibilidade(s) existenciais”, pois para Heidegger, “acima da realidade está a possibilidade”. M. HEIDEGGER, *Meu Caminho para a Fenomenologia*, in: col. Os Pensadores, Tradução de ERNILDO STEIN. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 302; id. *Sein und Zeit*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, vv. eds., p. 52.

<sup>22</sup> Cf. KANTOROWICZ, Ernst H. *Os Dois Corpos do Rei. Um Estudo sobre Teologia Política Medieval*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 181 ss., *passim*; LEGENDRE, Pierre. *Leçons II: L'Empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*. Paris: Fayard, 1983, p. 109.

<sup>23</sup> BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico* Tradução de Remberto Francisco Kuhnen. São Paulo: Abril, 1978, p.119 (penúltimo parágrafo do cap. II).

<sup>24</sup> Cf. *id.*, “Luz e Substância”, in: *Estudos*, trad. ESTELA DOS SANTOS ABREU, Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 63

ou teólogos-filósofos, como Kierkegaard, para quem o homem é aquele ser que deve educar-se no possível, podendo se remontar ainda a Ortega y Gasset e Heidegger, bem como, antes deles, Nietzsche, para que chegue a nos caracterizar nosso Vicente Ferreira da Silva - lamentavelmente falecido antes dos cinquenta anos, em fins da década de 1960 -, em confronto com as coisas (*ta onta*), da seguinte maneira: “Enquanto a coisa vive cerrada em si mesma numa compressão infinita e limitante, o homem como subjetividade está envolto num horizonte de possibilidades, abre-se para o possível e somente através deste possível pode ser profundamente compreendido”.<sup>25</sup>

Isso não quer de modo algum significar que iremos apelar para uma espécie de fabulação, para a invenção. O discurso, para ser verossímil e persuasivo, para nos agradar, deve ser construído tomando elementos da realidade, do que compartilhamos de mais elementar, completando-os e, por assim dizer, cimentando-os com a argamassa de nossos sonhos, os que temos dormindo ou acordados, pois são a expressão de nossos maiores desejos, os desejos de saber. “Tampouco isto foi descoberto pela razão”, podemos dizer com Kierkegaard,<sup>26</sup> “posto que esta fala pela boca do paradoxo se diz a si mesma: as comédias, as novelas e as mentiras têm de ser verossímeis....” – caso se queira que elas atinjam seus objetivos.

Daí podermos postular a produção de um discurso puramente imaginativo, e bastante revelador. Neste sentido, me parece que um dos objetivos seria o de realizar, no campo do pensamento, o que no campo puramente ficcional certos autores realizam quando fazem o que Deleuze/Guattari chamam de “literatura menor”,<sup>27</sup> que é a literatura sempre política e necessariamente revolucionária daqueles que estão à margem, “desterritorializados”, a ponto de empregarem para fazer literatura a linguagem do “colonizador”, dos que exercem o domínio político e lingüístico no território em que habita o povo dominado – lembremos, aqui, que em sua origem romano, o *territorium* é o local onde se demarca o *dominium* pelo exercício do *terror*. Entende-se, assim, porque aquilo de mais destaque que se tem produzido em nosso País, em termos culturais, é de se considerar, em sentido amplo, como literatura – e aqui não estou pensando apenas na literatura em um sentido mais tradicional, mas também em gêneros como a música popular e as telenovelas. Aqui pode-se falar em uma “hermenêutica imaginativa”, tal como é preconizada por Márcia Sá Cavalcante Schuback,<sup>28</sup> a fim de termos melhor acesso a autores marcados pela uma visão teologia, com são os medievais, dos quais também nos ocuparemos, ao longo do presente estudo, em que se busca recuperar uma unidade perdida na tradição do pensamento desde suas origens filosóficas até o presente – “tradição” aqui entendida como propõe Husserl no

<sup>25</sup> DA SILVA, Vicente Ferreira, “Reflexões sobre a ocultação do ser”, in: *Ensaio Filosóficos*, São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1948, p. 45 e s., tb. in: *Obras Completas*, vol. I., cit., p. 37.

<sup>26</sup> *Migajas Filosóficas o un poco de filosofía*, trad. Rafael Larrañeta, Trotta, Madri, 1997, p. 64.

<sup>27</sup> Em *Kafka. Por uma literatura menor*, Rio de Janeiro: Imago, 1977. Para uma extensão do conceito de “literatura menor” de Deleuze/Guattari para com ele abranger – e explicar – a teologia, cf. WINQUIST, *Desiring Theology*, Chicago/Londres: University of Chicago Press, 1995.

<sup>28</sup> *Para ler os medievais. Ensaio de hermenêutica imaginativa*, Petrópolis: Vozes, 2000.

manuscrito sobre a origem da geometria escrito em 1936,<sup>29</sup> nos seguintes termos:

A geometria que está pronta, por assim dizer, a partir da qual o inquérito regressivo começa, é uma tradição. Nossa existência humana se move dentro de inumeráveis tradições. O mundo cultural todo, em todas as suas formas, existe por meio da tradição. Estas formas surgiram como tal não apenas casualmente; também já sabemos que tradição é precisamente tradição, tendo surgido dentro do nosso espaço humano através da atividade humana, isto é, espiritualmente, mesmo embora geralmente nada saibamos, ou quase nada, da proveniência particular e da origem espiritual que as trouxeram. E ainda lá jaz nesta falta de conhecimento, em qualquer lugar e essencialmente, um conhecimento implícito que pode, assim também, ser tornado explícito, um conhecimento da evidência inacessível. Começa com lugares comuns superficiais, tais como: que tudo tradicional surgiu da atividade humana, que de acordo com isto homens passados e civilizações humanas existiram, e entre elas seus primeiros inventores, que modelaram o novo a partir de materiais à mão, quer fossem brutos ou já modelados espiritualmente. Da superfície, contudo, é-se levado às profundezas. A tradição é aberta deste modo geral a inquérito contínuo; e se se mantiver consistentemente a direção do inquérito, uma infinidade de questões que ainda está presente para nós, e ainda está sendo elaborada num desenvolvimento vivo, se descortinam questões que levam a respostas definidas de acordo com o seu sentido.<sup>30</sup>

Do que se trata, então, é verdadeiramente de realizar um trabalho imaginativo, conscientemente ficcional, que se avalia – e avalia - por seus efeitos. É assim que, dessa perspectiva, mitologia, filosofia, direito ou religião e mesmo as ciências são literatura, ficções, pois o que se pretende fazer é contar uma história o melhor possível, para torná-la verossímil, dando um sentido às nossas vidas, mesmo quando se diz, como o jurista romano do século II, depois teólogo cristão, o primeiro, além de filósofo, Tertuliano: *creio, ainda que pareça - ou mesmo porque parece - absurdo*. Nesse contexto, vale recordar palavras de Gilles Deleuze, em sua última publicação:<sup>31</sup>

Não se escreve com as próprias neuroses. A neurose, a psicose não são passagens da vida, mas estados em que se cai quando o processo é interrompido, impedido, colmatado (...) por isso o escritor, enquanto tal, não é doente, mas antes médico, médico de

<sup>29</sup> Editado e publicado (começando com o terceiro parágrafo) por Eugen Fink na Revue Internationale de Philosophie, vol. 1, n.º 2 (1939), sob o título "Der Ursprung der Geometrie als intentional-historisches Problem", que aparece em *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie* (abrev.: *Krisis*) como "Beilage III", W. BIEMEL (ed.), La Haya: Martinus Nijhoff, col. Husserliana, vol. 6, 1962, pp. 365-386.

<sup>30</sup> Trad. do inglês para o português por Maria Aparecida Viggiani Bicudo. Departamento de Matemática e Estatística, Instituto de Geociências e Ciências Exatas, Rio Claro, UNESP, 1980, disponível na página da SE&PQ – Sociedade de Estudos e Pesquisa Qualitativos em <http://www.sepq.org.br/maria.htm>.

<sup>31</sup> *Crítica e Clínica*, São Paulo: 34, 1997, p. 13 ss.

si próprio e do mundo. O mundo é o conjunto de sintomas cuja doença se confunde com o homem. A literatura aparece, então, como um empreendimento de saúde: (...) A saúde como literatura, como escrita, consiste em inventar um povo que falta. Compete à função fabuladora inventar um povo. (...) Embora remeta sempre a agentes singulares, a literatura é agenciamento coletivo de enunciação. (...) Fim último da literatura: pôr em evidência no delírio essa criação de uma saúde, ou essa invenção de um povo, isto é, uma possibilidade de vida. Escrever por este povo que falta... (...) 'Cada escritor é obrigado a fabricar para si sua língua...' (...) O escritor como vidente e ouvidor, finalidade da literatura: é a passagem da vida na linguagem que constitui as Idéias.

Cabe agora distinguir as implicações políticas, epistemológicas e metafísicas do possibilismo da Teoria Imaginária do Direito, em confronto com aquelas do positivismo. O positivismo, como não se costuma salientar, tem diversos sentidos, conforme se apresente como uma ideologia de obediência ao que determinam as normas jurídicas, sem consideração quanto ao seu conteúdo, pelo simples fato de terem emanado de um poder soberano, posição que se encontra associada à figura de Thomas Hobbes,<sup>32</sup> assim como em termos epistemológicos a referência é o cientificismo mecanicista e anti-metafísico de Augusto Comte, com suas variantes mais recentes, como são aquelas do Círculo de Viena. Tanto em um caso como no outro, porém, a matriz é metafísica, e pode ser caracterizada como sendo um formalismo, que teve na filosofia transcendental de Kant a sua culminância.

O sentido comum do termo “formalismo” é o de importância desmedida concedida às formalidades, ao que é exterior, em detrimento do que é substancial e realmente importa. Daí já se extrai uma indicação valiosa do que seria o sentido filosófico, que consiste em negar a existência real do conteúdo, para reconhecer somente a da forma – ou, em uma versão menos radical, mas próxima daquela defendida pelo grande patrocinador da chamada “distinção formal”, na Baixa Idade Média, John Duns Scot,<sup>33</sup> simplesmente a possibilidade da existência independente da forma em relação ao conteúdo de um objeto.

Diferentes serão os sentidos do formalismo, segundo o contexto de aplicação

<sup>32</sup> Mas que bem se pode remontar a Guilherme de Ockham. Cf., v.g., DUMONT, Louis. *O Individualismo. Uma Perspectiva Antropológica da Ideologia Moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, p. 76 s.; GUERRA FILHO, Willis Santiago, “Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham”, in: *Direito e Poder. Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha*, Heleno Taveira Torres (coord.), Barueri (SP): Manole, 2005, p. 188 s.

<sup>33</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Sobre a estrutura medieval do pensamento filosófico e jurídico” in: *Revista Opinião Jurídica*, n. 3, Fortaleza: Faculdade Christus, 2004, p. 9 s., e, mais amplamente, DE MURALT, André. *L'enjeu de la philosophie médiévale. Études thomistes, scotistes occaniennes et grégoriennes*, 2<sup>a</sup>. ed., Leiden et al.: 1993; *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale*, Paris: Vrin, 1995; *A metafísica do fenômeno: as origens medievais e a elaboração do pensamento fenomenológico*, trad.: Paula Martins, São Paulo: 34, 1998; *La estructura de la filosofía política moderna. Sus Orígenes medievales em Escoto, Ockham y Suárez*, trad.: Valentín Fernández Polanco, Madrid: Istmo, 2002.

seja a lógica, a filosofia da matemática, a gnosiologia, a ética ou a estética, mas sempre com a idéia de preponderância da forma sobre a matéria.

Bastante impulsionado por Immanuel Kant, o formalismo lógico atribui um caráter puramente formal aos princípios e leis da lógica, e portanto tende a tomá-los como meras convenções. O conjunto das proposições e predicacões lógicas formariam uma totalidade autônoma, radicalmente separada das conexões reais entre os seres ou as partes do ser, os entes, marcando uma oposição à lógica metafísica dos escolásticos, inspirada em Aristóteles, para a qual os princípios lógicos têm intrinsecamente um alcance ontológico, isto é, não valem só para as conexões de idéias, mas também para as coisas reais. É essa mesma ênfase na forma que será aplicada para estabelecer as leis matemáticas e operações delas derivadas. Um certo formalismo é inerente a todo pensamento matemático: uma expressão (tautológica) como  $a + b = b + a$  é puramente formal, pois se aplica a quaisquer números ou objetos e não tem matéria determinada. O formalismo estende esse caráter puramente formal a todas as relações matemáticas e toma os números como formas convencionais. Estabelece-se assim uma fronteira rigorosa entre as matemáticas e a filosofia da matemática: a redução dos sistemas matemáticos a meras construções formais permite evitar questões filosóficas complicadas, de corte metafísico, como a natureza dos números e o significado do “verdadeiro” e “falso” em matemática. Por essa razão, muitos matemáticos adotam o formalismo como mero expediente prático, sem aderir a ele expressamente. Na verdade, segundo o formalismo, não existem objetos matemáticos. A Matemática consiste apenas em axiomas, definições e teoremas, ou seja, em fórmulas. No limite, existem regras pelas quais se deduz uma fórmula a partir de uma outra. Mas as fórmulas não são acerca de coisa alguma: são apenas combinações de símbolos. É claro que os formalistas sabem que as fórmulas matemáticas se aplicam por vezes a problemas físicos. Quando se dá a uma fórmula uma interpretação física, ela ganha um significado, e pode então ser verdadeira ou falsa. Mas esta veracidade ou falsidade tem a ver com a própria interpretação física. Enquanto fórmula puramente matemática ela não tem significado nem valor lógico. Contra uma tal concepção, pelo que tem de nefasto para o pensamento, insurgiu-se Husserl em seu último grande esforço filosófico, consubstanciado na obra “A Crise da Ciência Européia e a Fenomenologia Transcendental” (abrev.: “*Krisis*”).<sup>34</sup>

## 5. CRÍTICA FENOMENOLÓGICA DO FORMALISMO CIENTÍFICO

Em linhas gerais, pode-se dizer quanto ao pensamento husserliano que irá partir de uma crítica aos limites impostos ao conhecimento pela filosofia de Descartes, Kant e Hegel, ao afirmar que o pensamento dos citados filósofos não era “rigoroso”, já que não consideravam devidamente em suas construções a subjetividade humana, focalizando apenas o objeto. Eles não se atinham ao fato de que as considerações acerca do objeto eram, elas mesmas, “construções

<sup>34</sup> Para uma discussão desta obra, em conexão com o direito, cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Por uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica” in: Revista Opinião Jurídica, n. 5, Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, p. 311 s.

mentais". A subjetividade, enquanto consciência intencional, dirigida aos objetos, para Husserl, seria "a primeira verdade indubitável para se começar a pensar corretamente." Daí ter ele defendido que, no processo de consideração da subjetividade humana, é necessário assumir uma "atitude fenomenológica": já que o homem é um "ser no mundo" e, portanto, participante dele, deve assumir essa postura e se contrapor a uma "atitude natural", que é aquela de ser "possuído pelo mundo", desconfiando de toda e qualquer evidência ou obviedade, sejam aquelas do senso comum, sejam as das ciências, sendo essa a tarefa própria da filosofia. Não existe, portanto, para a fenomenologia, uma relação pura do sujeito com o objeto, visto que a relação entre o sujeito e o objeto é sempre intencional: o objeto se torna tal a partir do olhar do sujeito, um olhar que, para além da existência contingente de objetos em particular, capta sua essência, o que necessariamente lhe constitui, donde se falar em *Wesenschau* – literalmente, "visão da essência" ou, no sentido fenomenológico, intuição. Assim, para a Fenomenologia, o ser é um ser de relação, e não uma substância, como tradicionalmente vinha sendo pensado, desde os antigos gregos. Dessa forma, para ele, tanto o ser quanto o mundo só existem na relação ser-mundo, não fazendo sentido, portanto, como ressalta aquele que seria o maior dentre os seus muitos discípulos, caso não tivesse estabelecido uma dissidência, a saber, Martin Heidegger, no § 9 de *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriff*,<sup>35</sup> entender-se o fenômeno estudado pela fenomenologia husserliana como uma aparência que oculta uma essência ininteligível, pois esse fenômeno é caracterizado pelo encontro mesmo entre uma consciência com o que para ela se revela do mundo, enquanto doadora de sentido e, logo, dá consistência de objeto a essas "revelações".

O texto da "*Krisis*", de 1936, vai apontar a rebeldia de Galileu frente ao intucionismo espontâneo como a origem mesma das modernas ciências da natureza, por ele ter sido alguém que teve a idéia de aplicar à natureza física o mesmo método de objetivação aplicado na geometria, cujos traços fundamentais, segundo Husserl, são (1) a idealização e (2) a construção.

Husserl ("*Krisis*", § 9a), opõe o objeto intuitivamente dado aos objetos ideais da geometria, sendo que os primeiros são dados em um mundo circundante intuitivo, inexacto, avesso à objetivação, ao contrário daquele mundo matemático, em que são objetivados, como verdades em si, "irrelativas", ou seja, absolutas, por não serem relativas a algo, de que seriam a representação aproximada. No "mundo real" temos a experiência de corpos, com forma e conteúdo constituídos pelas qualidades sensíveis, quer dizer, pensáveis em uma certa gradação, como mais ou menos planos, retos ou circulares, e assim por diante – longe, portanto, da exatidão de uma forma geométrica. Essas coisas, reais, em todas as suas propriedades, estão sujeitas a uma certa oscilação, donde sua igualdade, postulada em uma função, tanto a si mesma como a outra coisa,

<sup>35</sup> "Prolegômenos à História do Conceito de Tempo", Seminário do Verão de 1925, *Gesamtausgabe*, vol. XX

ser puramente aproximativa, valendo o mesmo para as figuras, relações etc. O que significa esse caráter meramente aproximativo do mundo intuitivo? Ser ele subjetivo-relativo: o que parece reto a Pedro pode não sê-lo para Paulo. Essa subjetividade implica na inexatidão inscrita nesse mundo, onde nunca haverá verdade em si, válida para todos, objetivamente válida. Logo, a geometria lida com um método idealizante, para operar com idéias, e não com coisas, o que requer a passagem das formas reais para as ideais, formas-limites, contruídas: no lugar de qualquer práxis real tem-se uma práxis ideal, do pensamento puro. O movimento de um ponto, por exemplo, produz uma reta, e o movimento circular da reta produz o círculo e assim por diante. Desse modo, consegue-se a exatidão que não há na práxis empírica, determinando aquelas formas em sua identidade absoluta, com propriedades absolutamente idênticas, determináveis de modo unívoco. Dadas as formas elementares, por uma operação sobre elas se constrói novas formas de maneira metódica, com um método que garante verdades para todos os que o praticarem. Ora, a estrutura literalmente circular desta forma de pensamento fica evidenciada quando propomos que se conceba o ponto como um círculo diminuto, tal como feito de início, na tentativa de forjar uma concepção geométrica mais fidedigna em relação às pesquisas da física quântica sobre a estrutura do real.

Quanto a saber se haveria continuidade entre os dois mundos, aquele real e o ideal, Husserl entende que de maneira alguma – são domínios separados por um abismo, visto que o ideal não é um dos possíveis do real, obtidos pela variação imaginária das formas sensíveis (cf. *"Krisis"*, § 9, passim). Por isso que a reta será melhor representada como uma continuidade imaginária dos pontos em que se tocam a série de círculos que são os pontos, postos lado a lado, pois assim fica evidenciada a verdadeira descontinuidade, o "corte de Dedekind", que a imagem da reta nos oculta.

Com a ciência moderna, surge a idéia de uma natureza construtivamente determinada em todos os seus aspectos. Agora não se trata de aplicar a matemática à empiria, como já Platão - ou, antes dele, Pitágoras - o preconizara, mas sim idealizar a natureza, transformando-a em si em uma idéia, onde ela própria é idealizada, sob a direção da norma matemática, tornado-se ela mesma um múltiplo da matemática. E com isso, o mundo da vida intuitiva é substituído por um mundo matemático de idealidades, começando uma história de sobreposição deste à natureza pré-científica. As ciências exatas - que em *"Idéias para uma Fenomenologia Pura e uma Filosofia Fenomenológica"* (abrev.: *"Ideen"*), III, § 18, Husserl qualifica de "dogmáticas" - mascaram a trivialidade de que na vida cotidiana não encontramos correspondência com a idealidade, existentes em um espaço geométrico e em um tempo matematizado. Daí decorre a "alienação técnica das ciências", a que se refere Husserl no § 9 lets. f, g, do texto da *"Krisis"*, com a busca desenfreada por fórmulas que nos permitam chegar a ver o ser verdadeiro da natureza, já anteriormente idealizada, fórmulas essa submetidas a uma algebrização, a qual, inicialmente, amplia as possibilidades do pensamento, tornando-o livre e purificado de qualquer referência intuitiva,

com o que o desconecta do fundamento de validade, fonte originária de toda verdade.

Nesse contexto, de fabricação da ciência, o cientista é mero operário ou, quando muito, um engenheiro, tal como já consta em "*Ideen*", III - já o filósofo é caracterizado em "*Krisis*" como um "funcionário da humanidade". Aos cientistas é que se referia Husserl, ao dizer que operam segundo regras de um jogo, enquanto o pensamento originário, o que confere sentido e verdade, "simbolizante", imaginativo, fica excluído, em face do simbolismo formalista. Afastar tal alienação técnica, saindo dos signos exteriores para os conceitos, partindo da intuição, como preconiza Husserl, é acabar o "jogo" das operações meramente computacionais, com seu formalismo estéril.

Com Hilbert, deu-se o impulso maior ao formalismo, em filosofia da aritmética, a qual ele pretendia demonstrar ser a base de toda a matemática, uma vez encontrada uma técnica por meio da qual se pudesse clarificar, de uma vez por todas, que a matemática estava livre de contradições, o que foi posto por terra pelo célebre teorema da incompletude de Gödel.<sup>36</sup>

Segundo Kant, as formas de cognição próprias ao ser humano predeterminam o conteúdo de nossos conhecimentos possíveis. Estamos presos a elas e delas não podemos sair para apreender "as coisas em si". Por exemplo, espaço e tempo não são "realidades", mas formas, internas (e inatas) à mente humana, nas quais enquadramos os dados que recebemos do real, de modo que nada percebemos fora do quadro espaço-temporal que nos é próprio. Do mesmo modo, há formas de pensamento lógico (categorias como "existência" e "inexistência") que também funcionam como filtros - e sabemos por antecipação que nada chegará a nosso conhecimento sem passar por esses filtros.

Ainda segundo Kant, a ética deve limitar-se a emitir regras formais, sem matéria definida. Por "matéria" de um juízo ético Kant entende os bens ou males determinados, que ele recomenda ou proíbe. Uma "ética material" teria de provar logicamente a superioridade de certos bens sobre outros, o que para Kant é impossível. Regra ética formal é a que vale para quaisquer bens indeterminados. E se isso pode ser contestado em tema de ética, como efetivamente o tem sido, entre outros, por Max Scheler, com seu enfoque fenomenológico, assim como, em termos de ciência do direito, da perspectiva tão difundida de Hans Kelsen, que propõe a consideração dita científica (positivista) do Direito apenas como um conjunto de normas já dadas, a ser estudado por um sistema consistente de objetos puramente formais, sem discussão de seus conteúdos, é que se atingiria a possibilidade do conhecimento científico.

Justamente contra essa perspectiva é que nos insurgimos, verberando argumentos como os que defendem, em filosofia da matemática, os intuicionista, Luitzen Brouwer a frente, tendo ao lado Henri Poincaré, e também Husserl, como antes dele o seu mestre,

---

<sup>36</sup> Sobre esse desenvolvimento em filosofia da matemática, cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, "Por que não é lógica a dialética, se é dialética a matemática?" in: *id.*, *Para uma Filosofia da Filosofia*, Fortaleza: Casa de José de Alencar, 1999, p. 39 ss.; tb. *id.*, *Teoria da Ciência Jurídica*, loc. ult. cit.

Weierstraß. A prática da matemática, para Brouwer, como explica Jairo José da Silva,<sup>37</sup> “não se constituía na derivação de teoremas, no interior de uma lógica determinada *a priori*, como para os logicistas e formalistas, mas no exercício criativo de uma consciência matemática, limitada apenas ao princípio formal a que está sujeita toda construção, o tempo”. Assim, para o intuicionismo, enquanto vivência de uma consciência moldada pelo sentido interno, que é o tempo, a investigação matemática se dá em um processo temporal finito, mas que não é aprioristicamente limitado ou universalmente pré-determinado. Toda construção que extrapole a intuição fundamental é inexistente, mera forma fantasmagórica, concebida no espaço imaginário da consciência. Assim ocorre com os conjuntos infinitos, dos quais a matemática usa e abusa, sem que deles possa oferecer um verdadeiro conhecimento, posto que nenhuma totalidade de fato infinita pode ser efetivamente construída numa seqüência finita de momentos – e também por vivermos, até onde nos é dado perceber, em um mundo materialmente finito, oriundo de um evento singularíssimo, o assim chamado “*big bang*”.

A subjetividade transcendental, por seu turno, como bem demonstra Alexandre Fradique Morujão,<sup>38</sup> é quem vai pôr o mundo “entre parênteses”, por meio da redução fenomenológico-transcendental (a *epoché* do ceticismo pirrônico, com o significado que lhe atribuiu Husserl), depurando, assim, desse mundo (natural) o eu que é seu correlato intencional, visto que “(N)o sentido fenomenológico só há mundo para mim e só há eu na correlação mundana intencional”.<sup>39</sup> Isso porque o fenômeno, para a fenomenologia husserliana, é esse “correlato real ou possível de determinados modos de doação intencionais” (*id. ib.*, p. 116), modo esses que são modos de doação do mundo – o qual, parafraseando a passagem bíblica, se precisa inicialmente perder para depois recuperá-lo, “ganhando-o”. Escapando do mundo pela *epoché*, seguida da redução fenomenológica, o eu, agora (mais) livre, pode lhe atribuir sentido, o que já exige que ele saia do solipsismo, de seu estado de mônada (como diria Leibniz), irredutivelmente fechada em si, abrindo-se para o “nós” ou pluralidade de “eus” que há em si, em cada um de nós.<sup>40</sup> Por essa via, a reflexão fenomenológica, tal como atestam trabalhos ainda inéditos de Husserl,<sup>41</sup> chega a uma “totalidade absoluta das mônadas”, denominada “personalidade total” (na “*Krisis*”, § 55, pp. 191/192, linhas 39/01, há referência a “personalidades de ordens superiores”, com sentido crescentemente transcendental e, assim, absoluto), FUNDAMENTO mais íntimo do eu transcendental, que é também um “eu”, só que de um tipo todo especial, por ser Deus, “intuível reflexivamente como uma ultra-realidade, supra-verdade e ultra em si”.<sup>42</sup>

Ora, o conjunto de mônadas, que é uma “super-mônada”, a qual se pode se indicar com a denominação de “Deus”, há de ser concebido como este círculo, que foi reduzido ao “ponto” da geometria clássica, formado por uma infinidade de outros

<sup>37</sup> Cf. *Filosofias da Matemática*, São Paulo: UNESP/FAPESP, 2007, p.152.

<sup>38</sup> Cf. “Sobre a fenomenologia husserliana”, in: *Id.*, “*Subjetividade e História*”. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1969, p. 105 ss.

<sup>39</sup> Cf. ob. loc. ult. cit., p. 115.

<sup>40</sup> Cf. HUSSERL, *Erste Philosophie*, 1923/1924”, 2ª. parte, *Husserliana*, vol. VIII, 1959, p. 173, *passim*.

<sup>41</sup> V., p. ex., o “Manuscrito” EIII 4, 1930, p. 62, referido por Morujão, ob. cit., p. 135.

<sup>42</sup> Husserl, *apud* Morujão, ob. loc. ult. cit.

círculos ou “pontos”, as “*rei*” (plural de *res*, em latim, a causa jurídica, o litígio, que se traduz também por coisa) ou coisas que compõem a assim chamada *re(i)*alidade, todas passíveis de serem concebidas abstratamente como círculos que são abrangidos por um círculo maior, no qual, portanto, são imanentes, mas que, por este círculo maior a eles não se reduzir, ele seria, em relação aos círculos menores, transcendente.<sup>43</sup>

## 6. PROPOSTA DE REORDENAÇÃO DAS FORMAS DE CONHECIMENTO: LEGITIMANDO AQUELAS DE NATUREZA POÉTICO-NORMATIVA OU “ESCATOLÓGICAS”

Eis que assim nos pomos em condição de propor os vetores de investigação da totalidade do real, como uma parte do imaginário, dividido por um eixo horizontal atravessado por um outro, vertical, onde na parte superior está o transcendente, assim como na parte inferior está o imanente. Já na parte anterior, do eixo horizontal, tem-se a investigação causal-explicativa, praticada pelas ciências naturais, e que também pode ser dita arqueológica, no sentido em que Michel Foucault propôs uma arqueologia do saber,<sup>44</sup> ou também “arcôn-tica” (*archontisch*), como refere Heidegger,<sup>45</sup> desde que praticada no plano histórico, transcendente (parte superior esquerda do diagrama proposto), ao invés daquele natural, imanente (parte inferior esquerda o mesmo). E na parte posterior deste mesmo eixo (portanto, à direita do diagrama) é que se tem localizada a investigação ou elaboração mais puramente imaginativa, voltada não para a busca retrospectiva de causas originárias, as “*archai*” (do grego *arché*, que quer dizer “causa”, sendo termo originário do vocabulário jurídico-político, pois significa também o poder de decidir do arc[h]onte), mas sim para a formulação prospectiva, escatológica,<sup>46</sup> do sentido, tal como se faz no

<sup>43</sup> Assim como nos parece os números seriam entendidos, se definidos como “conjuntos de conjuntos”, na esteira das colocações de Bertrand Russell e Alfred North Whitehead, em *Principia Mathematica*, quando então o zero, por exemplo, dessa perspectiva, seria definido como “o conjunto cujos elementos são todos os conjuntos vazios” – cf. José Dantas, ms., cit., p. 1.

<sup>44</sup> Cf., para uma retomada recente da contribuição de Foucault, com grande vigor, GIORGIO AGAMBEN, *Signatura Rerum*. Turim: Bollati Berlinghieri, 2008.

<sup>45</sup> Cf. *Phänomenologische Interpretationen zu Aristoteles. Einführung in die phänomenologische Forschung, Gesamtausgabe*, vol. 61, Walter Bröcker e Käte Bröcker-oltmanns (eds.), 2a. ed., Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994, p. 26. Também Husserl refere-se a uma “metodologia arqueológica” no Manuscrito C 16 IV, como nos reporta Nicoletta Ghigi, da Universidade de Pérugia (Itália), especialista em fenomenologia husserliana que vem desenvolvendo pesquisas sobre os manuscritos inéditos do Arquivo Husserl (Louvain, Bélgica) – cf. <http://www.fafich.ufmg.br/memorandum/artigos04/ghigi01.htm>, consultado em 1o./10/2006. V. tb. Bello, Angela Ales. *Culturas e Religiões. Uma leitura fenomenológica*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru (SP): EDUSC, 1998; Id., *Fenomenologia e Ciências Humanas*, org. e trad.: Miguel Mahfoud e Marina Massimi, Bauru (SP): EDUSC, 2004, cap. 2, p. 187 ss.

<sup>46</sup> No sentido em que Paul Ricouer se refere às duas formas de hermenêutica, em seu texto fundamental sobre a simbólica do mal, contida em sua obra “O Conflito das Interpretações”, a saber, aquelas redutoras, voltadas para uma reconstituição do passado, ditas arqueológicas, em contraposição àquelas amplificadoras da imaginação simbólica (*simmbildende*, como se diz em alemão, ou seja, literalmente, “construtora de sentido”), que se relacionam com o passado no registro do que chamamos em língua galego-portuguesa (e/ou luso-brasileira) de maneira singular de “saúde”, um anelo de voltar a viver com maior intensidade, no futuro, algo já vivenciado, em geral na in-fância feliz da existência, do que escapa às palavras mas se preserva nas imagens.

âmbito da poética, seja ela artística, ou (também) teológica, tal como refere Giambattista Vico, com uma conotação igualmente jurídica, ou jurídico-política, “civil”,<sup>47</sup> sendo esta última de se considerar como imanente (parte inferior à direita do diagrama proposto), enquanto aquelas são transcendentais (parte superior à direita).

Em meados do século XX, a obra de Theodor Viehweg, “Tópica e Jurisprudência” (melhor traduzindo *Topik und Jurisprudenz*: Tópica e Ciência do Direito) teve grande impacto na filosofia jurídica e, mesmo, na filosofia em geral, ao postular um retorno a Vico para resgatar a racionalidade argumentativa ínsita a disciplinas, como a tópica e a retórica, desacreditadas pelo racionalismo cientificista da (primeira) modernidade, então caído ele próprio em descrédito, em face dos horrores das duas grandes guerras mundiais, impulsionadas pelo avanço do conhecimento, que ao invés de trazer a esperada melhoria das condições da humanidade a estava, então como ainda agora, ameaçando com a extinção. É preciso que se retorne mais uma vez a Vico e aos que, tanto antes, como depois dele, postularam uma defesa da racionalidade contemplando o solo mesmo de onde ela brota, o húmus da cultura donde emerge o humano: a capacidade simbolizadora presente na linguagem, em suas mais diversas formas (sendo o direito uma delas), enquanto produtora (e produto) do esforço de produção de um sentido para a existência desse ser em aberto, livre, que somos.

Do que faz falta, então, é de promover uma (re)aproximação da teoria a um modo antes poético, do que científico e mesmo filosófico (ou religioso), de desenvolver a reflexão e sua exposição. Com isso não se pretende invalidar

---

A essa segunda forma de hermenêutica Ricoeur denomina “escatológica”. Cf., especificamente, RICOEUR, P. “Le conflit des herméneutiques, épistémologie des interprétations”, in: *Cahiers Internationaux de Symbolisme*, Paris, 1963, n. I, p. 179 ss.; v. tb. DURAND, Gilbert. *A Imaginação Simbólica*. São Paulo: CULTRIX/EDUSP, 1988, p. 93 ss.

<sup>47</sup> Para Vico, os primeiros poetas foram teólogos que com a sua teologia estabeleceram os fundamentos da organização política, inicialmente republicana, expressando-se através de “*imagines humanae maiorum*”, antes que por conceitos, como se faz em teologia natural ou racional. Cf. VICO, “*Sinopsi del diritto universale*”, in: *Id.*, *Il diritto universale*, a cura di Fausto NICOLINI, Bari: Laterza, 1936, pp. 6, 7, 10 e 17. Daí ser para ele a poética uma sabedoria (*sapientia*), a se diferenciar tanto das ciências, como a matemática, enquanto um emprego da razão com finalidade demonstrativa, como das “técnicas” (*ars*), de natureza preceptiva – e também daquelas disciplinas que, segundo ele, são em parte demonstrativas e em parte preceptivas, dando como exemplo a Medicina e o Direito, e preceptivas em um sentido mais amplo do que seria a retórica (*oratoria*) ou uma outra disciplina, que denomina *imperatoria*, designação que aponta para algo assim como o que outros chamariam “arte de governar”, pois aquelas prescrevem na forma do aconselhamento (*consilia*) combinado com demonstrações, enquanto esta últimas combinam os conselhos (*consilia*) com os preceitos propriamente ditos (*praeceptis*). Merece transcrição integral as passagens concernentes, nomeadamente, os “capítulos” (*capita*) XXXVI e XXXVII do Livro primeiro da obra acima referida, “O Direito Universal”, intitulado “*De uno universi iuris principio et fine uno*”, in: loc ult. cit, p. 50: “CAPUT XXXVI – DE VIRTUTE: Ab hac vi veri, quae est humana ratio, virtus existit et appellatur. CAPUT XXXVII [VIRTUS DIANOETICA ET VIRTUS ETHICA] – Virtus dianoetica: scientia, ars, sapientia.: Vis veri, quae errorem vincit, est virtus dianoetica, seu virtus cognitionis. Quae, si tota demonstratione constat, est scientia, ut mathesis; si tota praeceptis, est ars, ut grammatica, frenaria; si partim demonstratione partim consilio, ut medicina, iurisprudentia, vel partim praeceptis partim consilio, ut imperatória, oratória, poética, proprie ‘sapientia’ est appellanda”.

os esforços que em geral fazem os estudiosos de filosofia, quando se dedicam à exegese do que escreveram os filósofos, normalmente aqueles do passado e, em raros casos, alguns poucos contemporâneos, que ousaram, ou ainda ousam, elaborar um pensamento (mais) próprio. “Próprio”, aqui, entenda-se no duplo sentido da palavra, em que este pensamento tanto aparece como original, originário do próprio sujeito, como apropriado ao que se pode considerar assunto da filosofia. Ocorre que, no modo de ver aqui proposto, realizar um trabalho teórico que mais se aproxima de parâmetros científicos, sejam das ciências humanas, sejam de ciências naturais ou formais, como se dá, comumente, no âmbito da filosofia de corte analítico, entendemos que significa desviar-se do que mais direta e imediatamente interessa tratar em filosofia, desviando-se para um caminho técnico, no qual se exaure o modo mais originário de questionamento filosófico, que é metafísico ou, como acima referido, “archôntico”, enquanto imanente, e escatológico, quando aberto ao transcendente, à discussão do sentido da existência de si, ou seja da vida e da morte, bem como dos demais e do próprio mundo, tal como normalmente é feito pelo simbolismo “mitopoético” de religiões e artes em geral. De certa maneira, estaremos assim retomando uma perspectiva suscitada ainda na passagem do séc. XIX para o seguinte pelo filósofo cearense Farias Brito, que entendia deveriam filosofia, ciência e poesia fundirem-se em uma só, enquanto princípio ativo (e regenerador) do pensamento, dirigindo-o, respectivamente, para o bem, o verdadeiro e o belo.<sup>48</sup>

Assim, mesmo sendo da filosofia que resultou a postura científica de tratar as questões (sua *epistême*, para dizer em grego, empregando expressão hoje consagrada no jargão filosófico), aquilo que se pretenda conhecer/saber pela filosofia sobre este aspecto de último referido, é justamente o que não interessa às ciências, do que elas não se ocupam, até porque as põe em questão: elas próprias, seus objetivos, para além do conhecimento que fornecem e das possibilidades de ação/interação/alteração do que estudam. Mesmo uma “ciência da ciência” não levaria a uma tal filosofia, pois não se voltaria para pensar o que aqui se propõe deva acolher uma nova teoria, metafilosófica, (mito)poética, aqui qualificada de “imaginária”, por imaginativa – situada naquele plano que Henry Courbin denominou de “imaginal” -, havendo urgência nesse acolhimento, perfeitamente factível, tendo em vista que a filosofia já esteve voltada para esse modo de pensar e o levava em conta – aliás, em alta conta, como atesta, por exemplo, o que nos restou de obras como a *Poética* de Aristóteles, a partir da qual Olavo de Carvalho propõe se deva (re)ler o conjunto desta obra fundadora do pensamento ocidental,<sup>49</sup> ou já na chamada época moderna colocações como aquelas antes referidas de Vico -, antes de se perder e exaurir nas ciências. Inclusive, a própria palavra “filosofia, etimologicamente, fora utilizada de maneira esparsa por “Pré-

<sup>48</sup> Cf. BRITO, Farias. *Finalidade do Mundo*, vol. I - “A Filosofia como Atividade Permanente do Espírito Humano”, publicado originalmente na Cidade de Fortaleza, em 1895 -, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957p. 128.

<sup>49</sup> *Aristóteles em nova Perspectiva*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

Socráticos” como Heráclito de Éfeso e Pitágoras (membros da Escola dita Pitagórica, localizada na região da atual Sicília), mas só foi efetivamente difundida a partir de Atenas, graças a Sócrates e seus seguidores, havendo nela a *philia*, referência a um anelo, uma aspiração, por uma forma extra-ordinária de saber, a *sophia*, que não é da ordem natural apenas, como aquele dos que, a exemplo de Thales, Parmênides, Zenão, Leucipo, Demócrito, investigavam o fundamento (*arché*) ou fundamentos (*archai*) da *physis*, sobre ela elaborando um discurso *logos* – em geral, da maneira que então se entendia ser a mais adequada para a transmissão e fixação do saber, ou seja, em versos, quer dizer, poeticamente -, donde serem melhor denominados, como o fez Aristóteles na *Metafísica*, “fisiólogos”, *physiologoi* (de *physis* + *logos*, pl. *logoi*), até porque dentre eles se tem contemporâneos e pósteros de Sócrates.

A urgência desse pensamento em nosso tempo se explica justamente em razão do que nele vem-se produzindo, sob a influência do predomínio do pensamento técnico-científico – e o pensamento técnico, vale destacar, desde sempre e cada vez mais remete ao pensamento que a filosofia tornou científico, e vice-versa. Antes da ciência se tornar o que hoje – e desde já há algum tempo – ela se tornou, ela existiu embrionariamente enquanto técnica, faltando apenas o encontro histórico com a filosofia, primeiro, e, depois, com a religião monoteísta e personalista, de Deus onipotente feito homem, o cristianismo, para que se verificassem os pressupostos mais importantes, no plano ideológico, imaginário, de seu completo desenvolvimento – eis que se tem uma origem metafísica teológica da ciência e de sua(s) técnica(s).<sup>50</sup>

Para Platão, por exemplo, a filosofia seria “*epistême epistemés*”, “ciência da ciência”, enquanto Aristóteles, na “*Metafísica*” (Livro VII ou *zetha*, 1), a define como “*epistême ton próton arkhôn kai aítion theoretiké*”, conhecimento dos primeiros princípios e causas explicativos de tudo. Comentando essa passagem, Heidegger, no texto “Que é isto, a filosofia?”, recorda que *epistême* deriva de *epistámenos*, que seria aquela pessoa vocacionada e competente para uma determinada atividade - no caso da filosofia, a atividade de teorizar, sendo a *theoria* o que os gregos considerariam propriamente a ciência, saber contemplativo das verdades universais, eternas e transcendentais, que, no princípio do livro apenas citado de Aristóteles, é considerado um conhecimento através do qual os homens

<sup>50</sup> Aqui estamos diante do que Herman Dooyeweerd, jusfilósofo e também pensador da totalidade - de uma perspectiva neocalvinista, reformada -, qualifica, em seu *opus magnum*, *De Wijsbegeerte der Wetsidee* (disponibilizado para *download* na rede mundial pelo governo holandês), como *a priori* religioso de todo pensamento, inclusive o científico. Embora na versão para o inglês desta obra, posterior, o A. tenha retirado da noção de *a priori*, tal como empregada na expressão, o sentido transcendental kantiano, o próprio cerne “ideonômico” de seu pensamento implica a idéia de ordenação de tudo quanto se possa conceber e transmitir a partir de pressuposições sobre o sentido, que em si têm natureza religiosa ou, como preferimos denominar, “mitopoética”, por abranger todo o campo do simbolismo, no qual se pode situar as religiões, como também as elaborações mitológicas, de natureza antes mágica do que religiosa, as artes, o próprio direito etc. Remonta a Platão a concepção de uma estrutura ideonômica do universo dos símbolos coroado, na visão platônica, pela Idéia do Bem (Rep., VI) – cf. VAZ, Henrique de Lima. *Ética e Direito*. São Paulo: Landy/Loyola, 2002, p. 328. O termo é o que entendemos deva ser utilizado para traduzir a expressão-guia do pensamento dooyeweerdiano: *wetsidee* (vertido para o inglês como *Law-Idea* e para o alemão como *Gesetzesidee*).

se ombreariam com os deuses, devendo, por isso, temer a inveja deles. Uma outra forma de conhecimento, mais próprio das contingências da vida, é aquele que os gregos denominavam *techné*, a técnica, um conhecimento operativo, instrumental e produtivo, limitado e finito, por voltado ao atendimento de finalidades específicas, mas sempre revelador de potencialidades, donde sua tradução para o latim como *ars*. Então, a *epistéme* seria algo intermediário entre essas duas formas de conhecimento, por referir-se à atividade de conhecer a partir das necessidades de um certo tipo de explicação, isto é, não as explicações que se fazem necessárias e úteis à manutenção da vida, inclusive no convívio social e político, mas sim aquelas que, a rigor, são desnecessárias, inúteis, embora sejam elas o que desejamos, anelamos, quando nos maravilhamos e, no duplo sentido dessas palavras, negativo e positivo, nos espantamos e assombamos diante do universo ao nosso redor e em nós mesmos, o *cosmos*, sendo desse sentimento (*pathos*) que, segundo os dois filósofos gregos citados - mestre e discípulo, de certa forma os primeiros e até hoje maiores entre todos - nasceria a filosofia: Platão, no seu diálogo “*Teeteto*” (155 d), e Aristóteles, na já citada “*Metafísica*” (Livro I ou *alfa*, 2). Temos que retornar sempre a esse momento espantoso, em que o ser se mostra, o qual nos levou a falar e a nos pormos a caminho de uma busca de explicações, como que para nos assegurarmos na vida, tentando aprisionar o que, na verdade, nos fez prisioneiros, sem percebermos, pois assim entramos em uma fantasia de permanência, impedindo-nos de aproveitar bem a oportunidade que temos de, simplesmente, sermos (experiências do ser).

Eis que nos defrontamos aqui com uma questão que, tradicionalmente, pertence ao campo que se designou, com base em uma classificação de certas obras de Aristóteles, metafísica. Como é corrente, o termo “metafísica” é oriundo de uma classificação de obras de Aristóteles versando sobre sua temática, posicionadas depois dos livros da física, donde a denominação *metá*, isto é, “após”, *ta physika*, ou seja, “da física”. Já Kant, porém, questionou se seria uma mera coincidência que uma tal denominação se adequasse tão bem ao sentido mesmo da investigação metafísica, voltada para questões que se situam para além daquelas tratadas no plano da realidade palpável, física. E, de fato, há trabalhos que demonstram estar presente no pensamento aristotélico, se não o termo, a idéia a que ele corresponde.<sup>51</sup>

A metafísica trata de questões das quais não se ocupam as ciências, enquanto formas de conhecimento que ora se voltam para a construção de um saber com base em experiências feitas no contato com a realidade, com o que existe, e que por isso são ditas “empíricas”; ora elaboram o conhecimento advindo da consistência de suas proposições entre si mesmas, sem referência a quaisquer objetos reais, mas apenas àqueles abstratos, como na(s) lógica(s) e matemática(s), donde justamente serem qualificadas de “formais”. Na realidade, estes “tipos puros” de conhecimentos científicos se mesclam em maior ou menor

<sup>51</sup> Cf. REINER, Hans. “O surgimento e o significado original do nome *Metafísica*”, in: *Sobre a Metafísica de Aristóteles (Textos Seleccionados)*, Marco ZINGANO (org.), São Paulo: Odysseus, 2005, p. 93 ss.

medida, restando ainda a possibilidade e, mesmo, necessidade (termos, a rigor, intercambiáveis, pois o possível é necessariamente possível, assim como o necessário sempre é possivelmente necessário, já que esta é a condição do que existe sem ser em si mesmo, o que só é o ser que não depende de nenhuma causa para existir, o qual se pode denominar de Absoluto, Deus etc.) de outros conhecimentos, meta-científicos, que seriam a epistemologia, para discutir as condições de possibilidade de um conhecimento científico ou de uma outra natureza, e a metafísica, para discutir as categorias, determinações ou, simplesmente, os conceitos dos conceitos empregados pelas demais formas de conhecimento, como são os conceitos de realidade, possibilidade, necessidade, causalidade, tempo, espaço, existência, número, contradição, identidade, sujeito, objeto, mundo, experiência, indivíduo, infinito, nada, Deus, valores como o bem e a justiça, mas também o mal, etc. Para efeitos mais didático do que por razões substanciais pode-se dividir em diversas (sub)áreas do conhecimento a metafísica, conforme privilegie alguns desses temas, de forma que do estudo de Deus se ocuparia a teologia (racional, e não aquelas dogmáticas, vinculadas a alguma religião positiva), assim como dos valores a axiologia, dos deveres ou obrigações – aí incluído temas como o das promessas, dádivas ou realidades deonticas mais habitualmente estudadas, como aquela jurídica -, das questões pertinentes ao(s) mundo(s) a cosmologia e daquelas sobre o(s) ser(es) a ontologia, enquanto temas relacionados ao conhecimento em si seriam objetos da gnosiologia. A estreita conexão entre todas essas matérias, em que cada uma remete às demais, torna de todo relativas tais divisões, ao mesmo tempo em que suscita o interesse em promover a interdisciplinariedade “holística” dos estudos por meio da metafísica tal com aqui entendida. Quanto às denominações atribuídas às suas sub-divisões, são oriundas mais da etimologia, em correspondência com seu objeto, do que de qualquer outro significado que possam ter, a depender do contexto em que apareçam empregados os respectivos termos. Uma tal investigação a de ser feita racionalmente, empregando até, o quanto possível, um instrumental oriundo de ciências (formais) lógicas e computacionais.<sup>52</sup>

É certo que antes do saber científico afirmar sua superioridade, em termos pragmáticos, frente aos demais, inclusive a filosofia – o saber justamente de onde as ciências em geral foram colher seu mais forte impulso inicial, adotando postulados como este apenas mencionado, da contingência e falibilidade do conhecimento -, foi necessário superar o predomínio de um tipo de conhecimento que mesmo tendo se aproveitado bastante da filosofia, até o ponto de tê-la como sua “serva”, veio a abandoná-la nos momentos cruciais, indo buscar apoio além da razão, na fé. Este saber é o da teologia, ou o conhecimento de natureza religiosa amparado teo-logicamente, que irá por muito tempo cercear o desenvolvimento da perspectiva relativista e imanentista, própria da ciência.

<sup>52</sup> A propósito, v. trabalhos recentes como *Steps Toward a Computational Metaphysics*, de BRANDEN FITELSON (University of California–Berkeley) e Edward N. ZALTA (Stanford University), bem como, deste último, *Principia Metaphysica*, disponíveis em <http://mally.stanford.edu/publications.html>.

Contudo, a ruptura que a modernidade trará com a supremacia do pensamento teológico, no Ocidente, foi preparada no contexto desse mesmo pensamento, por teólogos mal-compreendidos em seu tempo, como Roger Bacon (séc. XIII), com sua insistência no valor da experimentação para desenvolver o conhecimento, e um outro, franciscano e britânico como ele, de quem já tivemos oportunidade de vai destacar alguns aspectos mais salientes de seu pensamento, que foi Guilherme de Ockham (séc. XIV), sendo que entre ambos avulta a figura do antes referido John Duns Scot, a quem se pode conceder os maiores créditos pela introdução de uma perspectiva, mais que transcendente, verdadeiramente transcendental – e, logo, moderna –,<sup>53</sup> a ser desenvolvida posteriormente, sem os vínculos dogmáticos com a teologia, por Descartes, Kant e, já na contemporaneidade, Husserl, para citar apenas três dos maiores responsáveis pelo aprofundamento do que se pode denominar uma “metafísica do possível”, oriunda já de pensadores árabes, com destaque para Avicena (Ibn-Sina).<sup>54</sup>

Após o surgimento da filosofia – pelo menos, com essa denominação - na Grécia antiga, ela irá se mesclar com o senso prático, político-jurídico mais eficiente, do antigos romanos e, posteriormente, com uma versão (ou versões) muito particular(es) da religião monoteísta judaica, como é o cristianismo, resultando na afirmação da capacidade humana de se impor ao mundo, mais do que apenas contemplá-lo e, por diversas formas, “imitá-lo”.

A teoria a que se busca aqui uma via de acesso, introduzindo-a, então, precisa estar, por exemplo, fora do círculo em que os cultores da filosofia a aprisionaram e ali a mantêm, quando trabalham “tecnicamente”, pondo-se a serviço do desenvolvimento de um saber cada vez maior, no menor espaço de tempo, sem parar e se perguntar do por quê, para quê. E é essa escalada desenfreada para o saber que é um saber-fazer (*know how*), característica da (tecno)ciência, que tantos problemas vem solucionando, ao mesmo tempo em que muitos outros vai criando e, principalmente, deixando de enfrentar a brutalidade da existência - o chamado “absolutismo da realidade” mencionado por Hans Blumenberg (na obra “Arbeit am Mythos”, ou “Trabalhar o Mito”), insensível ao sofrimento consciente dos humanos -, por promover mais e mais o afastamento dela, evitando que com ela nos confrontemos, o que exige um tipo de saber mais próximo da mitologia, das artes e da religião, em suma, do imaginário, da imaginação - portanto, mais distanciado daquele “puramente” científico, formalista, positivista -, e isso sem que entre essas formas antípodas de saber se estabeleça propriamente um conflito, pois estão situadas em “quadrantes” diferentes daquele diagrama acima proposto, com o fito de auxiliar no mapeamento das formas de conhecimento da totalidade, nela situando, em posição de igual legitimidade que a das ciências, saberes como o da poética

<sup>53</sup> Cf. Willis Santiago GUERRA FILHO, “Lei, direito e poder em Guilherme de Ockham”, cit.; *Id.*, “Sobre a cisão medieval de estruturas do pensamento filosófico segundo André de Muralt”, in: *Crítica. Revista de Filosofia*, vol. 9, números 29/30, Londrina:UEL/CEFIL, 2004, p. 251 ss.

<sup>54</sup> Cf. POLANCO, Valentín Fernández. “Los precedentes medievales del criticismo kantiano”, in: *Revista de Filosofía*, vol. 28, núm. 2, Madrid, 2003.

(mitológica, religiosa, artística, jurídica etc.): surgem, assim, questões que colocam em questão a própria ciência e o modo de organização social (também política, jurídica e, sobretudo, econômica, utilitário-capitalista) que a criou, sustenta e nela se sustenta, sem que dela possa obter a devida sustentação. Não é de estranhar, portanto, que tais questões não sejam tratadas e sejam mesmo, de certa forma, descartadas, pelo pensamento classicamente tido por científico, causando grande instabilidade, de ordem psicológica, ética e também política, jurídica, econômica, em suma, social, neste ser em aberto, carente de orientação e fixação de um sentido para sua existência, que somos os humanos. De tais questões, tradicionalmente, se ocupam as religiões, com sua forma (mito)poética de explicar o mundo, dando-lhe (e dando-nos) também algum sentido, e não há lugar para elas, tanto as religiões e os mitos - com sua força simbólica, que sempre deu sustentação à ordem social, através do direito e outros meios, os quais sem esta força não têm como bem desempenhar este papel crucial -, como para tais questões, na sociedade mundial tecnocientífica contemporânea, que tem na secularização um dos pressupostos de seu aparecimento e manutenção, tratando como falso o que não é para ser avaliado por este registro, pois uma metáfora não é mesmo para ser levada ao pé da letra. É para elas, então, que se volta a teoria aqui proposta, a partir do estudo do direito, sim, mas situando-o na totalidade das formas de conhecer e ordenar a realidade,<sup>55</sup> sejam aquelas mais propriamente normativas, acima qualificadas de “escatológicas”, como é o direito enquanto ordenamento da conduta humana, sejam aquelas “nomológicas”, como são as teorias, inclusive do direito. E ao assim proceder, pode-se esperar a obtenção de esclarecimentos também sobre essa totalidade mesma e sobre nós, que dela fazemos parte, como um seu “subconjunto próprio”, sendo ela um conjunto infinito - logo, um subconjunto que pode não ser menor que ela.<sup>56</sup>

## 7. CONCLUSÃO

Eis que chegamos à conclusão de que a filosofia, já tendo servido à teologia, durante o período medieval, depois à ciência, e também à política, na modernidade, deveria ainda, em seus estertores, ser posta a serviço da arte, ou melhor, da poética, em uma última tentativa de salvar um mundo que ela, mais do que o expansionismo político-jurídico romano e o monoteísmo personalista cristão, serviu para criar, quando deixou de ser dialética, inconclusiva, sofística, para tornar-se exigência da verdade, filosofia propriamente. Aqui, a descrição da filosofia a aproxima da situação trágica em que se viu envolvido o famoso personagem da tragédia de Sófocles, Édipo. E tal como Édipo, a insistência da

<sup>55</sup> No sentido referido por Werner HEISENBERG em *A Ordenação da Realidade*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009 [1942], em que vemos uma convergência, ao que parece ainda inexplorada, com o pensamento de Herman Dooyouwerd, há pouco referido.

<sup>56</sup> Aqui, novamente, beneficiei-me do ms. antes referido de José Dantas, na parte sobre teoria dos conjuntos, bem como de contato pessoal com o A., na data registrada acima.

filosofia em perseguir a verdade, uma única verdade, em ser “alética”, portanto, e não mais, di-alética – ou “pluri-alética”, e, positivamente, “lética”, lembrando que *lethein*, em grego antigo, remete também ao esquecimento, sendo *a-lethein* o desvelamento, mas também, o “desesquecimento”, o rememoramento – é que a teria levado (ou estaria levando) ao encontro de seu fim, trágico. Filosofia, então, estaria bem se não servisse para nada, como postulava já Aristóteles, no início de sua “Metafísica”, mas ela terminou sendo empregada para os mais diversos fins, e agora parece estar a serviço do nada que nos assola, individual e coletivamente. A pulsão auto-destruidora que se manifesta na filosofia também se mostra, por todo lado, nessa Civilização Ocidental, que se tornou mundial - e, logo, não apenas ocidental -, e traz já em seu próprio nome o *occido*, étimo latino da queda, da ruína, da morte, do assassinio, da chacina. A “Civilização da Razão” é a “Civilização da Destruição”, destruição que pode atingir todas as outras civilizações e, até, o próprio mundo, físico.

As coisas inorgânicas, por exemplo, como destaca Türcke,<sup>57</sup> “não sentem a contradição, mas fazem parte dela”. Sim, claro, não sentem por não terem sensibilidade, mas são a própria contradição, com a sua simples existência, já que sua densidade ontológica faz-se positividade, contrastando com a negatividade do nada. Já os seres orgânicos, animados, estes sentem, sim, a contradição, a que damos o nome de “dor”. E será contra o sofrimento que se mobilizará o “ser de pensamento”, o ser humano, linguajeiro, constantemente aterrorizado, perseguido pelo saber de que pode sofrer e, até, morrer. Se a dor é o mal e o bem ausência de dor, então temos que estes seres que nós somos percebemos como negatividade o bem, e positividade o mal. Para afastar essa idéia se desenvolverão religiões, sendo as mais eficazes aquelas monoteístas, que deslocam o bem supremo, todo o bem, para a divindade, supra-terrena, espírito puro, deixando o mal no mundo, na terra, na matéria impura, enquanto nós, humanos, “húmus da terra”, ficamos presos nessa contradição, oscilando entre os dois extremos. Tal contradição se desdobra em uma série de outras, inclusive naquelas conceituais, próprias da filosofia.

E então, internalizamos as contradições, existentes na realidade e, sobretudo, no contraste da realidade com seu duplo, que fabricamos para melhor enfrentá-la, a linguagem, sendo o modo como as resolvemos que fará de nós o que somos – embora pareça contraditório, e é mesmo, o melhor para nós, individualmente, e para os que convivem conosco, é que adotemos a estratégia da dialética negativa com essas contradições, evitando tanto resolvê-las, superá-las definitivamente, de forma absoluta, como também desconsiderá-las, pretender cancelá-las, por uma cisão analítica entre o certo, positivo, e o errado, negativo, pois a negatividade é positiva e a positividade é negativa, a verdade é parcial e, conforme a famosa afirmação adorniana, contante da obra “Minima Moralia”, “o todo é o falso”, contrapondo-se frontalmente à máxima hegeliana,

<sup>57</sup> Cf. Pronto-Socorro para Adorno: Fragmentos Introdutórios à Dialética Negativa, Mimeo., Departamento de Filosofia: UNICAMP, 2001, in: [www.filosofia.pro.br](http://www.filosofia.pro.br), “Escola de Frankfurt”.

de que o todo é a verdade, assim como o real é racional e vice-versa.

Pode-se, então, falar em uma “negatividade dúplice”, sendo uma positiva e outra negativa, o que se expressa exemplarmente na arte, como bem explica um teórico contemporâneo que se costuma catalogar bem distante de Adorno, em um espectro ideológico das teorias sociais, mas que muito provavelmente com o assentimento dele o substituiu em Frankfurt, nas aulas interrompidas durante as manifestações estudantis de fins da década de 1960: Niklas Luhmann, autor de uma vigorosa teoria social sistêmica.<sup>58</sup> Em ambos, na verdade, para utilizar uma distinção do enciclopedista d’Alembert, resgatada por Adorno, está presente um “*esprit systematique*”, antes que o “*esprit de système*”, de um Hegel. Em “*Die Kunst der Gesellschaft*” (p. 473), Luhmann refere que na teoria estética de Adorno a arte aparece como uma negatividade a um só tempo positiva e, propriamente, negativa, ao se contrapor à falta de liberdade na realidade social com seu exercício de liberdade na sociedade, que, por isso, dela se beneficia, tornando-a positiva, valorizada socialmente, por expandir os limites dessa sociedade, ao alterar a subjetividade dos que a possibilitam, sem com ela se confundirem: os indivíduos.

É assim que a estética se põe no lugar da ética, ou, pelo menos, do lugar tradicionalmente ocupado por ela. Ocorre que em ética, ou nas éticas em geral, já se dá por resolvida a questão de saber se apenas viver é bom, buscando o bom viver, o viver bem ou o viver para o bem, associando-se a vida ao bem e a morte ao mal, pois ser é que é bom e não ser, ruim. A tais éticas, afirmativas, porém, podemos contrapor um outro tipo de ética, negativa,<sup>59</sup> que ao evitar uma valoração positiva prévia do que é, em detrimento do que não é, pode tornar melhor vivida a vida de um ser, como nós, que a rigor não *somos* – no sentido em que, conforme defendemos em outro local, só Deus pode ser -, mas apenas existimos – enquanto Deus, porque é, não existe -, ocasionalmente. Facilmente se percebe que a ética, ou seja, o saber sobre o que devemos fazer, do qual depende toda filosofia jurídica que não se reduza à esterilidade do formalismo positivista – negando-se, portanto, como filosofia para se tornar, na melhor das hipóteses, uma teoria do direito -, por seu turno depende fundamentalmente de respostas a outras questões, quer sejam de natureza metafísica, sobre o que é o ser, quer sejam de natureza teológica, ou melhor, religiosa, sobre o que podemos esperar do desfecho da vida. Dito de outra forma, e sinteticamente: a definição do modo como devemos nos comportar nessa vida depende da concepção que temos de seus limites – da morte, portanto.

Os pressupostos de que necessitamos para desenvolver a filosofia, de um modo geral e também sobre aspectos particulares – como, por exemplo, aqueles referentes ao direito -, deve possibilitar um entendimento de como

<sup>58</sup> Para uma introdução a esta teoria v. Willis Santiago GUERRA FILHO, *Teoria da Ciência Jurídica*, cit., p. 193 ss.

<sup>59</sup> Nesse sentido, JULIO CABRERA et al., *Ética Negativa: Discussões e Problemas*, Goiânia: EdUFG, 2008. V. tb. <http://e-groups.unb.br/ih/fil/cabrera/portugues/etica.html>.

nos situarmos em face de nossa finitude, individual, abrindo um horizonte, metafísico, de compreensão e superação de certos modos de relacionamento com tal questão que incita a ações e reações violentas. O melhor modo de enfrentar tais questões, transcendentais, é mobilizando os resultados obtidos no campo aqui qualificado de poético, onde encontramos as diversas formas de lidar com a imaginação, desde aquelas mais antigas, como a mitologia e as religiões, até outras, mais recentes, como a psicanálise, passando pelas diversas artes, a teologia e a própria filosofia, sem esquecer o direito, enquanto forma de responder aos reclamos de convivência entre os humanos que dispõe de um vasto repertório de soluções, necessitando de uma melhor apresentação, para assim recuperar seu poder de convencimento e vinculação intersubjetiva.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Silvana Vieira da Silva. *Guillaume Apollinaire: fábula e lírica*. São Paulo: UNESP, 2003.

ATTIÊ FILHO, Miguel. *Os sentidos internos em Ibn Sînâ (Avicena)*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Tradução de Remberto Francisco Kuhnen. São Paulo: Abril, 1978.

BELLO, Angela Ales. *Culturas e religiões. Uma leitura fenomenológica*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru (SP): EDUSC, 1998.

BRETON, André. *Conversaciones (1913 – 1952)*. Tradução de Letícia Piccone. México: F.C.E., 1987.

BRITTON, Ronald. *Crença e imaginação*. Tradução de Liana Pinto Chaves. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CAMPBELL, Joseph. *Isto és tu. Redimensionando a metáfora religiosa*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Landy, 2002.

DA SILVA, Vicente Ferreira. Reflexões sobre a ocultação do ser. In: *Ensaio Filosóficos*. São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1948.

DUMONT, Louis. *O Individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DURAND, Gilbert. *A imaginação simbólica*. São Paulo: CULTRIX/EDUSP, 1988.

GARCÍA, Antonio Regalado. *El laberinto de la razón: Ortega y Heidegger*. Madrid: Alianza, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham*, In: *Direito e poder. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha*, Heleno Taveira Torres (Coord.), Barueri (SP): Manole, 2005.

\_\_\_\_\_. Por uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmáti-

co-jurídica. In: Revista Opinião Jurídica, n. 5, Fortaleza: Faculdade Christus, 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre a estrutura medieval do pensamento filosófico e jurídico. In: *Revista Opinião Jurídica*, n. 3, Fortaleza: Faculdade Christus, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERREIRO, Mario Antonio. *O problema da ficção na filosofia analítica*. Londrina: UEL, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Metafísica de Aristóteles*. Tradução de E. P. GIACHINI. São Paulo: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Os Conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude, solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HEISENBERG, Werner. *A ordenação da realidade*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei. Um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEGENDRE, Pierre. *Leçons II: L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*. Paris: Fayard, 1983.

POLANCO, Valentín Fernández. Los precedentes medievales del criticismo kantiano. In: *Revista de Filosofía*, vol. 28, núm. 2, Madrid, 2003.

REINER, Hans. "O surgimento e o significado original do nome Metafísica". In: *Sobre a Metafísica de Aristóteles (Textos Seleccionados)*, Marco ZINGANO (org.), São Paulo: Odysseus, 2005.

RICOUER, P. Le conflit des herméneutiques, épistémologie des interprétations. In: *Cahiers Internationaux de Symbolisme*, Paris, 1963.

SARTRE, J.-P. *L'Imaginaire*. Paris: Gallimard, 1940.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Ithaca, 1966.

VAZ, Henrique de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy/Loyola, 2002.

---

## DOUTRINA ESTRANGEIRA

---





## PROCESO Y CONSTITUCIÓN

---

(HACIA UNA NUEVA METODOLOGÍA DE ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL: EL GARANTISMO PROCESAL)<sup>1</sup>

*Antonio María Lorca Navarrete*<sup>2</sup>

### RESUMEN

El artículo reflexiona sobre el derecho procesal como un sistema de garantías que tienden a lograr la tutela judicial efectiva. Sostiene que el garantismo procesal de justificación constitucional supone la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional. Apunta aún el debido proceso como una realidad sustantiva que incide en la prestación del servicio público de la justicia.

### Palabras clave

Derecho procesal. Debido proceso sustantivo.

### RESUMO

O artigo reflete sobre o direito processual como um sistema de garantias que permitem alcançar a tutela judicial efetiva. Sustenta que o garantismo processual de justificação constitucional supõe a implementação tanto das garantias contidas nas leis processuais quanto daquelas que possuem projeção constitucional, através de uma postura garantista plenamente comprometida com a realidade constitucional. Aponta ainda o devido processo legal como uma realidade constitucional que incide na prestação do serviço público da justiça.

### Palavras-chave

Direito processual. Devido processo legal substantivo.

---

<sup>1</sup> Texto de la conferencia sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos el día jueves 16 de abril de 2009 a las 18hrs., con ocasión de su reconocimiento como “Profesor Distinguido” de la Universidad Decana de América.

<sup>2</sup> Doctor y catedrático em derecho procesal de la Universidad del País Vasco. Director Del Instituto Vasco de derecho Procesal y de la Revista de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA). E-mail: antoniomaria.lorca@ehu.es

## 1. PRELIMINAR

Debo precisar, de entrada, que mi esfuerzo se orienta a especificar y justificar lo que, en mi opinión, tendría que hacerse en sede jurisdiccional y, por tanto, a efectuar una operación contable sobre lo que se acostumbra en la praxis de los tribunales (y de las ideas que canoniza la denominada - con discutible fortuna - "doctrina científica"). No extrañe, pues, que comience refiriéndome a un, para mí, básico aserto. Ahí va. Según él, no me equivoco cuando proclamo y aclamo que justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de justicia, plenitud de garantías procesales. Vale. Pero añadiré que, al confugio o brillo de tan meritada proclamación y aclamación, se pretende aluzarla o llenarla de luz y claridad garantista. Bien.

Que felpée o atice la conciencia garantista de los aplicadores y estudiosos de la "justicia civil" puede pasar, sin duda, por ser un acontecimiento inédito en nuestra más reciente historia del procesalismo en la que, fedegar o bregar con el anhelo de una justicia efectiva vinculada inexorablemente con el deseo de plenitud de garantías procesales, va a suponer, sólo de entrada, decantarse por una opción no meramente instrumental sino efectiva de la tutela judicial (2005, La garantía del derecho procesal y su incidencia).

Ya sé que estas observaciones no pasan de reparos humildísimos al vigoroso, documentado y atractivo planteamiento que se nos oferta a través del orbe normativo de las respectivas legislaciones procesales civiles. Por ello, son asuntos que piden un debate en toda regla (en el que no quisiera sorprenderme como quien llevara las de perder) pero que, en el entretanto, me dan aire para no seguir acomodándome al status quaestionis más sólito; aunque, eso sí, intentaré apurar las consecuencias en otra dirección que no es la habitual. O sea, en la dirección garantista.

Y a lo que voy. No es posible dudar, en el momento presente de la exposición del Derecho procesal, sobre su funcionalidad que no sobre su instrumentalidad. O sea, que, cuando el Derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico, asume un cometido funcional consistente en llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Y definida, de consuno, la jurisdicción como potestad -y, si no, léase el artículo 138 de la Constitución peruana -, el ejercicio de ésta [la potestad] se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de Juzgados y Tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley (léase el artículo 146 de la Constitución peruana).

Encalabrinado e inducido por estas ideas debo confesar lo siguiente: el Derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acríptico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación del artículo 139.3 de la Constitución peruana, en orden a lograr la "observancia del debido proceso y la

tutela jurisdiccional" - o sea, la tutela judicial efectiva - y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia en modo tal que, cuando el Derecho procesal hace posible el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, está primando el sistema de garantías que contiene; no siendo afortunado señalar que el Derecho procesal contempla, fundamentalmente la aplicación - vertiente instrumental - a través de su normativa específica, del ordenamiento jurídico ya sea civil, laboral, penal, o en fin, contencioso-administrativo (2000, Tratado, p. 7). Trayendo el agua a nuestro molino, salta a la vista que el Derecho procesal es funcionalmente autónomo por cuanto que su cometido es actuar la norma en tanto en cuanto se aplique la norma procesal con arreglo a su propio y autónomo sistema de garantías. ¡Nada menos!

Asumo esa opción - no tan estilista - por las propiedades dialécticas que tiene hablar muy a la pata la llana de un Derecho procesal que desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo. De ahí que, también, el Derecho procesal sea el derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias. Sí. No como un subsistema.

La creciente e imparable incidencia de los saberes científicos en el ejercicio del Derecho procesal extrae su fuerza de propulsión de la funcionalidad que, en la actualidad, se arroga. En limpio: el Derecho procesal no es un subsistema (2000, Tratado, p. 7). Es el sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias aunque no siempre se ha pensado y discernido de este modo. Sin embargo, la realidad enseña que la denominada "técnica" procesal no es siempre y necesariamente fuente de reglas objetivamente válidas. Pongamos algunos ejemplos. Así, y en la doctrina española, ARROYO MENA se sitúa en una conceptualización inequívocamente instrumental del Derecho procesal propia de un subsistema ausente de aquella autonomía y sustantividad que proclamo - y aclamo - para el Derecho procesal. Lo cual es anómalo y, encima, regresivo pues volvemos a las andadas; a la antañona definición del proceso - al decir de ARROYO MENA (1997, Intervención,) - «como "el instrumento - énfasis mío - constituido por una serie de actos por los que, mediante su atribución a un órgano estatal, se pretende la resolución de un conflicto de intereses a través - énfasis mío - de la actuación del derecho objetivo"».

Es indigno de una mente racional - a mi modesto parecer - sucumbir a la malsana hegemonía de un discurso apuntalado en la instrumentalidad del Derecho procesal. Aunque, por desgracia, hay, entre los procesalistas, una arraigada propensión a poner en circulación mercancías de ese pelaje. Es preferible - pienso para mí - el riesgo (incluso la probabilidad) de equivocarse antes que vender paquetes de ideas sólo porque han sido sancionadas institucionalmente. Así que desde ahora digo, de forma franca y directa, que la tan mentada y

solidificada línea institucional imperante apuntalada en la instrumentalidad del Derecho procesal contiene - perdón por la descortesía - no poco material para el desguace, pura ferralla.

Pues bien, perseveraré frecuentando esos derroteros. Ya que la consabida “instrumentalidad” del Derecho procesal ha sido una fecunda Venus de putativa procreación al ofrecer cobertura a un amplio repertorio de variantes de las que, por natural reserva metódica, tomaré, fundamentalmente, como banco de pruebas sólo dos. Me refiero en primer lugar - teniendo como asidero, una vez más, la doctrina española -, a FAIRÉN GUILLÉN en razón de justificarse, no sólo en la “instrumentalidad” del Derecho procesal cuanto, - quizá - peor aún, al conceptualizar al proceso como instrumento de satisfacción [de satisfacción jurídica, se entiende]. Y mírese por dónde surge la llamada “teoría de la satisfacción jurídica” del proceso, propuesta por el mentado FAIRÉN GUILLÉN (1969, El proceso como función de satisfacción jurídica, págs. 18, 21 y 22) en la que configura - y figura - el proceso como instrumento de satisfacción jurídica.

Y como no hay uno sin dos. Ahí va otro remedo de teoría acompañada con la anterior de FAIRÉN GUILLÉN. Se trata, ahora, de asumir, sin conmisericordia alguna, la metodología del instrumento [con independencia de su carácter concupiscentemente jurídico justificado en la “satisfacción”] por quién - quizás o seguramente - sea su máximo valedor: MONTERO AROCA (1994, Introducción al, p. 49) para el quién el proceso “es un instrumento necesario”.

Tal ha sido la condescendencia con este particular, referido a la denominada “instrumentalidad” del Derecho procesal, que ha ganado fama de constituir un “núcleo duro” - tradicional - en su estudio.

## 2. EL PROCESO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Al parecer es muy variopinto el vestuario del que se vale el Derecho procesal para exhibirse (a veces equívocamente). Pero será suficiente reparar en que su examen y estudio, desde una vertiente exclusivamente instrumental, supone atender o priorizar, de un modo un tanto áspero, su finalidad práctica; esto es, la actuación del ordenamiento jurídico, pasando a un lugar secundario su más importante y primario contenido sustantivo como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posible la función jurisdiccional a través de un sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis de patología, la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” - o sea, la tutela judicial efectiva - (art. 139.3 de la Constitución peruana) a través del debido y autónomo proceso sustantivo.

Y, entonces, desde un enfoque estratégico, se detecta ya una conclusión en nada desdeñable: que, el ámbito funcional del ejercicio de la jurisdicción, es, ante todo, procesal. No es, en cambio, procesal el ámbito de potestad [jurisdiccional] de ese ejercicio relativo al poder judicial o jurisdicción - el artículo 138 de la Constitución peruana establece literalmente: “la potestad de administrar

justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial"- De ahí que, la "potestad jurisdiccional", implique una acepción constitucional de la jurisdicción, mientras que su desarrollo, a través de la "función jurisdiccional", sea ya procesal. Si. No me cabe la menor duda e invito al paciente lector a participar de esa - para mí - consideración indubitada. (1998, La garantía del derecho procesal. Su tratamiento, pág. 536).

Por ello, no en vano debo decir que la "potestad" no es lo mismo o sinónimo que "función jurisdiccional", y, en base a ese planteamiento, no es técnicamente correcto reconducir el Derecho jurisdiccional o Derecho de la jurisdicción hacia el Derecho procesal como hace cierto sector doctrinal español encabezado por MONTERO AROCA (1999, Derecho Jurisdiccional, I., p. 23); por lo que el Derecho procesal no es un Derecho Jurisdiccional (2000, Tratado, p. 11).

O dicho de otro modo, no es Derecho procesal el ámbito de potestad [jurisdiccional] (recuérdese el artículo 138 de la Constitución peruana) que afecta a la función [jurisdiccional] al justificarse ese pretendido Derecho jurisdiccional o Derecho de la jurisdicción en el poder judicial o jurisdicción. Pero, no en la función -jurisdiccional, se entiende -. Si. De veras, es verdad.

Con la claridad por delante - para saber dónde hay que ubicarse - y empezando por lo menos anodino, no me parece del género pedestre apuntar que, el ejercicio de la función jurisdiccional a través del Derecho procesal, implica, básicamente, la existencia de un sistema de garantías de justificación constitucional - sí constitucional - que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional (2007, El proceso, con.). Surge, entonces, el denominado garantismo procesal, de justificación constitucional, que obliga inexorablemente a conceptualizar el Derecho procesal, no como un Derecho Jurisdiccional, sino como un DERECHO DE LA GARANTÍA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. Nada más y nada menos.

Y lo diré. El garantismo procesal de justificación constitucional supone la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora. Si, la de la "observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional" del artículo 139.3 de la Constitución peruana. Vale. Surge, de este modo, la conceptualización del proceso como sistema de garantías procesales - de la función jurisdiccional, se entiende-.

A priori, se abre un amplio panorama. Por lo pronto, esa conceptualización es rupturista con el procesalismo pretérito porque no surge vinculada al débito del *solemnis ordo iudiciarius*.

Cuando de iure son posibles varias opciones, cae de su peso que ha de preferirse la mejor. Si bien al particular se le toleran veleidades masoquistas en su esfera privada, en cambio elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercite la función jurisdiccional, esto es, una atribución otorgada

en consideración al interés de otros. La Administración de justicia no puede ser, en esto, una excepción, como es evidente. Entonces, no tendré más cuajo que admitir que, el proceso como sistema de garantías, supone otorgar, al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional, una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de “aquí y ahora” -vuelvo a recrearme en la redundancia: la de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana-, respecto de éste [y no otro] concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo de las leyes procesales.

Pero, el asunto de la “opción mejor” merece alguna que otra puntualización. Y la diré. La interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva - vuelvo, de nuevo, a recrearme en la redundancia: la de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana - obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio pro actione y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela; de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad - principio de proporcionalidad - entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana resulta vulnerado.

En efecto, ir en pos de la “opción mejor” - entre las posibles - me incita y concita a afirmar que las exigencias constitucionales del ejercicio funcional de la jurisdicción (garantismo constitucional de la norma procesal) se hallan particularmente aseguradas, en su aplicación a través de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana y de la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional en orden a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Vale. Pero, el camino que evidencia la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional - la metodología - tiende hacia la atomización a través de la técnica adjetiva del procedimiento.

Y así, mientras que las garantías del debido proceso sustantivo de la función jurisdiccional - sustentadas en el método constitucional - son esencialmente uniformes, no ocurre lo mismo con las técnicas adjetivas que las leyes de procedimiento utilizan para tipificar el procedimiento.

Abundaré un poco sobre esto último ¿En qué sentido? En el sentido consistente en que los problemas no existen tanto en la metodología de alcance sustantivo-constitucional, sino más bien en la procedimental. Mientras la primera - la de alcance sustantivo-constitucional, se entiende - responde al esquema de las garantías constitucionales “de aquí y ahora” de un servicio público de la justicia, en cambio no ocurre lo mismo con la metodología de apoyo procedimental. Es la metodología que sobre el garantismo procesal expuse

en 1988-1989 (1989, El problema, p. 17 y 19). De manera que se podría sugerir que, la tan arraigada tendencia de no incomodar el procedimentalismo, sería la versión de la celebre *diference* más atenta a la atomización adjetiva que a la uniformidad sustantiva del ejercicio funcional de la jurisdicción.

### 3. LA PROYECCIÓN HISTÓRICA DE LA GARANTÍA PROCESAL

Descenderé de planteamiento tan concreto, que me ha ocupado renglones antes, al genérico terreno que me ocupa - y me preocupa - en este momento: el histórico. Y lo diré. Las garantías de lo que, en la actualidad, se denomina función jurisdiccional [juzgar y hacer ejecutar lo juzgado] no han sido, históricamente, siempre las mismas. Si se acepta este planteamiento, que yo presumo correcto, lo cierto es que los diversos sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, no siempre se situaron ante unas estructuras procesales uniformes y razonablemente justas.

A la luz de lo que llevo – por ahora – expuesto, no se me escapa que, frente a la interrogante actual relativa a la posición del sujeto ante tales estructuras, se opone la respuesta pasada de la ubicación de ese mismo sujeto frente a su deseo de lograr un auténtico enjuiciamiento en justicia. De ahí que, la necesidad de ofertar esa respuesta para conocer aún mejor nuestro actual ordenamiento procesal, obliga, sin duda, a acudir a la historia.

Así que traeré la cuestión – ya lo he dicho – al plano histórico. Históricamente, una primera concepción, que posibilitó un sistema de garantías mínimamente aceptables para los sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, se sustentó en la convicción, que entre las partes afectadas, existían derechos y obligaciones, cuya fuente era un contrato existente entre ellas. Según este contrato, el enjuiciamiento de los derechos en conflicto implicaba una auténtica base contractual, que obligaba a aceptar la decisión judicial.

No es un hallazgo mío, sino el certero diagnóstico de quienes, en esta lid histórica, se han batido el cobre con todo el brío del mundo, que la necesidad de aceptar la decisión de jueces privados en los tiempos del proceso formulario romano fue la base del contrato procesal de la *litis contestatio*. Esta se concertaba y se refrendaba por el magistrado, el cual, con el *dare actionem*, concedía la garantía de la jurisdicción. Por la *litis contestatio* el litigio pasaba al dominio judicial (*res in iudicio deducta*) y así se producía un efecto consuntivo consistente en la imposibilidad de promover una nueva petición sobre el mismo derecho (*bis de eadem re ne sit actio*, QUINTILIANO, VII, 6 y 4). Veamos, entonces. La *litis contestatio* consumía la acción (*in legítimo ipso iure actio consumatur*, GAYO 180). La concepción romana de las garantías, que ofertaba el proceso, fue elaborada en la Edad Media y dominó el panorama doctrinal hasta mediados del siglo XIX. Pero su error radicó en considerar que, entre quienes desean un determinado enjuiciamiento en justicia, existía un verdadero acuerdo de

voluntades. No era así, ya que era común que no se acudiera a ese enjuiciamiento libremente (sin previo acuerdo), pues si así fuera, la solución sería arbitral.

Por tanto, hay que cargar el acento en el “desacuerdo”. Para superar esos inconvenientes de la *litis contestatio* se acude a la figura del cuasicontrato que no requiere un previo acuerdo de voluntades. Pero, la propuesta no tiene fuste. La razón: el logro de un enjuiciamiento en justicia como un sistema de garantías, tampoco ahora es satisfactoriamente explicado, porque se le ha de reprochar la aspiración de configurarlo como una institución de Derecho privado de corte romanista, o sea, en un momento de transición entre la justicia privada y la justicia pública.

Era preciso cambiar de tercio. Frente a las orientaciones de cuño privado (sistema de garantías particulares), surge una forma de ofertar un sistema de garantías, esta vez, ya público. Pero, a quien ose auspiciarlo le espera, igualmente, un vía crucis de tarascadas que lo dejarán baldado. Por lo pronto aportó el tal sistema –de cuño público– dos cosas. La primera atañe a que, las garantías entre las partes intervinientes en el enjuiciamiento en justicia, se encuentran sustentadas en la existencia de una relación jurídico-procesal, con derechos y obligaciones recíprocas. La segunda concernía a que, lo fundamental, era que, esa relación, apareciera como distinta de la relación jurídico material preexistente. Así, por ejemplo, entre comprador y vendedor existe una relación jurídico-material de Derecho privado. Pero, si se origina la patología que lesiona un derecho del sujeto de la relación privada aparece una nueva y distinta relación jurídica. Es la relación jurídico-procesal, de marcado carácter público debido a la intervención de un sujeto: el órgano jurisdiccional, Juez o Tribunal – puesto por el Estado – que ha de impartir justicia. Surge así históricamente, la dicotomía entre proceso y procedimiento, pero, como categorías jurídicas tan sólo públicas. Más allá, la distinción en modo alguno existía. Lo cierto es que, ya el proceso, ya el procedimiento, servían de base a un sistema de garantías eminentemente públicas, que hizo posible descomponer los elementos de la relación: sujetos, objeto y actividad.

Pero, ahora arriba el vía crucis de tarascadas, a que aludía renglones antes, ya que, el logro de un auténtico sistema de garantías públicas, estaba aún lejos de alcanzarse ya que, es necesario señalar que, aunque efectivamente existen derechos y obligaciones propios de una relación jurídica pública, no todos son procesales. Así se posee el derecho a la tutela del Estado y, por tanto, a acudir a los Tribunales. Pero ese derecho es extraprocesal y de naturaleza política o constitucional (art. 138 de la Constitución peruana). Lo mismo ocurre con la obligación del Juez de fallar, que es, igualmente, una obligación de naturaleza constitucional. Por otro lado, más que obligaciones de índole civil lo que existen son cargas. No existen obligaciones, sino la carga de actuar de un modo determinado, de la que se derivan unas determinadas consecuencias de la inactividad. Se imponía, por tanto, una nueva orientación que, sustentándose en un sistema de garantías públicas, supusiera la entrada,

a través del enjuiciamiento, en una situación jurídica como “conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de una de las partes”. Surgieron, entonces, nuevas categorías jurídicas. En lugar de una relación jurídica, con sus correspondientes derechos y obligaciones de índole civilista y pública, existen situaciones jurídicas en las que se originan expectativas – espera de una resolución judicial favorable – posibilidades – aprovechar una ventaja procesal mediante un acto – y cargas – actitud para prevenir una situación desfavorable –.

Cae por descontado que las expectativas y posibilidades se pueden reconducir a los derechos en la relación jurídica procesal y las cargas con las obligaciones, debiéndose señalar que la noción de carga procesal, en sustitución de la obligación (en la relación jurídica procesal), aparece ya admitida por la doctrina procesal.

Y a lo que voy. La teoría de la situación jurídica al aportar una indudable consideración sociológica, evidencia la existencia de un fenómeno sociológico del proceso de indudable proyección liberal o neoliberal.

Pero para mí que, el rigor de la proyección histórica de la garantía procesal superadora de la concepción civilista de la relación jurídica procesal o la sociológica liberal o neoliberal de la situación jurídica, pasa por ubicarse en la existencia de auténticos “Deberes procesales” y en la conveniencia técnica de sustituir el término “carga procesal” por el de “deberes procesales”. No me hallo falto de razón cuando definiendo la utilización de esa terminología; pero acerca de la adecuada utilización de uno y otro término habría que tener presente el diverso contexto en que se incardina uno y otro término. El de “carga procesal” es preciso referirlo a la conceptualización germana del proceso de la función jurisdiccional, de índole sociológica, en la que no existen propiamente derechos y obligaciones [civiles], sino más bien expectativas y cargas procesales. Entra, pues, dentro de una visión esencialmente liberal o neoliberal el que se asuma o no “libremente” la correspondiente parcela de expectativa o carga procesal. Si no se hace de ese modo las repercusiones irán luego a la resolución judicial que le pone término definitivamente.

Por el contrario, el término deberes procesales supone una conceptualización del proceso de la función jurisdiccional, como una realidad sustantiva, de particular significado en el ámbito del servicio público de la justicia, en donde un acuñamiento “particular” de un término de indudable justificación liberal o neoliberal como el de “expectativas” o “carga procesal” o civilista como el de “obligación” no tiene demasiado sentido. A diferencia de la “obligación” de justificación civilista y de la “carga procesal” cuyo cumplimiento depende de la liberalidad del sujeto, el deber procesal es exigible con independencia de la voluntad de su destinatario.

Y aquí es a dónde yo quería llegar. El deber procesal es un imperativo de orden público procesal a diferencia de la “obligación” civilista y de la liberal

“carga procesal”. Su incumplimiento, por ser contrario a un imperativo de orden público procesal, origina un ilícito para la correcta ordenación procedimental que justifica la sanción [la multa].

Pero, a despecho de lo indicado, se debiera asistir al alumbramiento de imperativos de orden público en base a exigencias, no sólo de la propia ordenación procedimental, sino también de la particular salvaguarda y protección que el Estado ha de propiciar en el ámbito sustantivo del ejercicio funcional de la jurisdicción [servicio público de la justicia].

En fin, demasiado embrollo para cosa buena ¿O, no?

#### 4. LA GARANTÍA PROCESAL ES COMPROMISO CONSTITUCIONAL

Tengo la impresión de no estar sacando las cosas de quicio cuando me hallo convencido de lo siguiente: la garantía procesal posee una conceptualización funcional constitucional. Sí. Hay que decirlo. El proceso es garantía, en tanto en cuanto afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos [patológicos].

Me complace decir que esa funcionalidad – la del proceso que es garantía – se modela con el referente constitucional a través de una sustantividad que ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales.

Y henos aquí que la crítica temporalidad de la sustantividad procesal se justifica en la aplicación del compromiso constitucional. La sustantividad, crítica y temporal del proceso, se vincula con las garantías procesales que la vigente Constitución ampara y establece. Y mírese por dónde que arriba al garantismo constitucional de la norma procesal. Por lo que no tendré más cuajo que admitir que, el proceso – el de la función jurisdiccional –, es compromiso constitucional porque la Constitución garantiza que, aquel [el proceso], pueda amparar los derechos a través de la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana (1985, La garantía procesal, p. 99).

En limpio: la garantía procesal, en su vertiente funcional, se justifica porque se ampara en base a la existencia de aquella “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana). Y ese amparo no es amorfo, sino sustantivo por exigencias de aquel compromiso.

Entonces, y en la medida en que el proceso es compromiso [constitucional] de garantía funcional en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos] – de “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) –, se proyecta – se entiende, el proceso –, en su sustantividad, autónomamente. Y henos aquí que no interese tanto que el proceso aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que, aquel [el proceso], sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva comprometida constitucionalmente con la “observancia del debido proceso y

la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana).

Y aquí es a dónde yo quería llegar nuevamente. Sus criterios funcionales de actuación – los del proceso, se entiende – son ordinarios en la medida en que asume el compromiso constitucional de actuarlos. La razón: porque el ámbito de protección, a través de la tutela judicial efectiva que funcionalmente aplica de forma autónoma, es ordinario. No es excepcional o propio del ejercicio de una función jurisdiccional especial o excepcional. No. En caso contrario [de no existir tal compromiso de actuación ordinaria] aquel sería de carácter extraordinario o no común – de ejercicio excepcional de la función jurisdiccional; o para decirlo de otro modo: el reconocimiento del ejercicio de funciones jurisdiccionales excepcionales – sería inconstitucional o contrario a la Constitución.

A la vista de estos datos, y en su vertiente de legalidad ordinaria, el proceso es funcionalmente autónomo. Su sustantividad le impide, además, ser adjetivo, acrítico y mecanicista. O en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende de la “observancia del debido proceso” que la norma constitucional reclama (artículo 139.3 de la Constitución peruana).

Y henos de bruces con otra realidad no menos importante: la “observancia del debido proceso” constitucional es, ante todo, sustantividad garantista autónoma. Y, además, sustantividad garantista común y ordinaria. Lo que me lleva a enfatizar que la funcionalidad autónoma del proceso, justificada en criterios ordinarios o comunes que asumen el compromiso constitucional, se proyecta, a su vez, en una funcionalidad sustantiva que es garantía de jurisdiccionalidad, y, también, en una funcionalidad formal que es garantía, a su vez, de adjetivación procesal de esa jurisdiccionalidad. Conclusión: esa funcionalidad es expansiva (2005, La garantía del derecho procesal y su incidencia).

Para dispar malentendidos sobre la pertinencia de la anterior conclusión – la relativa al carácter expansivo de la funcionalidad garantista constitucional del proceso – no está de más indicar que su conceptualización garantista [como sistema de garantías] en su vertiente funcional, como compromiso constitucional, evidencia la inutilidad sobrevenida de no pocos conceptos y principios tradicionales del procesalismo pretérito, los cuales [sobre todo los referidos a la acción, la jurisdicción o las formas procedimentales (procedimiento) de tutela], han venido siendo considerados como las bases en las que se justificaba [y aún hoy se justifica] la mayor parte de la doctrina procesal (2003, El derecho procesal como sistema, p. 546 y 547).

La razón es preciso hallarla en que el proceso, como garantía, es el cauce para legitimar la norma procesal ordinaria que, por razón de esa legitimidad, se constituye desde su proteica e irreducible sustantividad en el concepto clave.

Y lo he de decir en razón de ese carácter de concepto clave que reclamo. Ni el concepto de acción, ni de jurisdicción, ni, menos aún, las formas del procedimiento [procedimiento], pueden competir con el proceso como garantía

ordinaria de aplicación del compromiso constitucional consistente en amparar, en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos], los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos. Y así y si bien la posibilidad de “accionar” se atribuye a “todos” en condiciones de igualdad, y se justifica en un vínculo de medio a fin con la “tutela” sustantiva que oferta el proceso; lo determinante es aludir a una efectividad sustantiva de la posibilidad constitucional de “accionar”, que es garantizada a “todos”, a través del proceso.

Pero repárese en que esa efectividad [sustantiva] es dinámica superadora de la evolución científica que arranca de los teorizadores alemanes del siglo XIX, acerca del derecho de acción que tradicionalmente se ha reivindicado como autónomo en sus formulaciones clásicas en sentido abstracto, como presupuesto externo y preexistente entendido como “posibilidad” o “libertad” de accionar (teorías abstractas de la acción), o en sentido concreto como derecho de obtener una resolución judicial favorable (teorías concretas de la acción). La autonomía del derecho de accionar en su proyección abstracta constreñida a una mera “posibilidad” o “libertad” de accionar, es ineficaz e insustancial en relación con la dinamización sustantiva y garantista del proceso por su inconcreción.

Pero, tampoco esa autonomía del derecho de accionar en su proyección concreta es determinante, por cuanto, un supuesto derecho a la efectiva obtención de tutela judicial efectiva, sería más bien inconcebible en el modelo constitucional del proceso que se postula en el que se ampara tan sólo los presupuestos ordinarios que son garantía para aquella tutela judicial efectiva, pero no para su concreción en sentido favorable. Para que se me entienda: lo determinante es aludir – lo he dicho renglones antes – a una efectividad sustantiva de la posibilidad constitucional de “accionar”, que es garantizada a “todos”, a través del proceso y el acceso a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) mediante criterios de flexibilidad, proporcionalidad y apertura que permitan una completa garantía de jurisdiccionalidad para todas las partes en el proceso de la función jurisdiccional que suponga, en todo caso, decantarse por la solución a favor de un pronunciamiento sobre el fondo del debate en aplicación, ahora sí, del principio pro actione ¡Nada más y nada menos!

¿Qué nos queda? Nos queda un derecho de acción en sentido constitucional, no como un mero “derecho al proceso”, y sí como un derecho a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) que garantizará – garantismo procesal – el proceso: como un derecho a una efectiva tutela. Nada menos.

Ahora, el procedimiento. Respecto del procedimiento y si bien la “tutela” jurisdiccional se encuentra en todo caso garantizada ante los órganos jurisdiccionales ordinarios por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 150 de la Constitución peruana), las “formas” del procedimiento han dejado de ser un fin en sí mismas, por cuanto sólo se justifican en la temporalidad crítica y ordinaria que garantiza el proceso (o sea, el derecho a

un proceso con todas las garantías).

Y, por último la jurisdicción. Respecto de la jurisdicción es preciso indicar que el sistema funcional de garantías es procesal. No es jurisdiccional. No es tampoco atinente al Derecho Jurisdiccional. La razón es preciso hallarla en que la potestad jurisdiccional afecta (recuérdese el artículo 138 de la Constitución peruana), no al proceso cuanto más bien, al poder judicial o jurisdicción.

En limpio. Se accede, en el modo expuesto, a un modelo de procesalismo abierto –y expansivo– a los diversos modos de integración, racionalización o especificación que el legislador ordinario es siempre libre de proyectar. Pero repárese en que, ese modelo, sólo se justifica en unas garantías concebidas en términos dinámicos con capacidad de adaptación al “aquí y ahora” constitucional, por razón del compromiso constitucional que asume el proceso. No el procedimiento. Por ello, se está en presencia de un modelo de proyección temporal [mutante] y sumamente crítico.

Esa dinamización – expansibilidad – equivale a reconocer que las garantías no son abstractas. Actúan críticamente el modelo concreto de tutela judicial efectiva que establece la Constitución.

Anote el paciente lector el cambio de rumbo propuesto – y asimílelo – no vaya a marearse con las parrafadas que aún le esperan.

## 5. LA PROYECCIÓN PRÁCTICA DE LA METODOLOGÍA DE LA GARANTÍA PROCESAL COMO COMPROMISO CONSTITUCIONAL. LA DISTINCIÓN ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Si contra el riesgo de la arbitrariedad jurisdiccional no conozco otro antídoto que el garantismo procesal a la fuerza habré de admitir que, en el ámbito del Derecho procesal, el proceso de la función jurisdiccional, ha de proyectarse – en la práctica – en el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de un modelo adjetivo y, por ello, procedimentalista en el que es posible ubicar determinadas fases o períodos – más o menos típicos –. Tales fases o períodos, en la medida en que lo compartimentan, se hallan abocados hacia un modelo sumamente técnico y mecanicista. Así, y de un lado, se hallaría la sustantividad garantista del proceso y, de otro lado, la tecnificación mecanicista y adjetiva del procedimiento.

Vale ¿O no? Si vale, he de admitir que no siempre se sigue un modelo estancado –de compartimentos estancos, se entiende –, aunque, en todo caso, exista o no compartimentación en el modelo que se adopte, surge la querencia hacia el binomio proceso/procedimiento.

En lo que concierne al primero [el proceso] no me asalta la duda acerca de que asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías que al justiciable

debe –“debidas” a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana) – ofertar (metodología constitucional del proceso de la función jurisdiccional).

En lo que atañe al segundo, en cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, los “esenciales principios” procesales – entiéndanse, como tales, las garantías de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes –.

Y no digo que esté equivocado (tampoco lo contrario), pero debo reconocer que el procedimiento es técnicamente una realidad formal y ritualaria frente al proceso [de la función] jurisdiccional que, a diferencia del procedimiento, es la realidad conceptual que posibilita el acceso al garantismo del Derecho procesal, a través de la llamada tutela judicial efectiva constitucional, mediante una sustantividad debida –procesalmente –.

Y, toda vez que, el esclarecimiento de la dicotomía proceso/procedimiento no necesita – pienso para mí – de otras credenciales epistemológicas, en ella me sumerjo directamente. Así, el proceso se constituye en la justificación del procedimiento. Lo que no significa que no pueda existir procedimiento sin proceso, puesto que el primero es tecnicización mecanicista y adjetiva, y el segundo no – claro que no –, al hallarse comprometido con la base garantista del “aquí y ahora” constitucional (metodología constitucional del proceso de la función jurisdiccional).

Y aquí es a donde quería llegar: ambos –proceso y procedimiento– son hipótesis de trabajo autónomas (2005, La garantía del derecho procesal y su incidencia).

Para no desarmar semejante emparejamiento bivalente me permitiré la siguiente excursión metodológica. La diré. El procedimiento es una realidad conceptual abstracta – formal y adjetiva – en el que, su razón de ser y justificación, se la brinda el proceso que opera siempre con la referencia del más escrupuloso respeto al sistema de garantías que el ordenamiento jurídico constitucional establece. En cambio, el proceso es sustantividad comprometida constitucionalmente. El procedimiento es formalidad acrítica y mecanicista. El proceso, al contrario, con su sustantividad garantista justifica y corrige las “anomalías” en la aplicación mecanicista y técnica del procedimiento (2000, Tratado, p. 25).

Para que se entienda mejor. La atemporalidad de las normas, en su vertiente procedimental, las ha justificado históricamente como válidas tanto en tiempos de monarquía, república o dictadura. Por el contrario, el proceso de la función jurisdiccional, en su vertiente conceptual, es una realidad, ante todo, sustantiva que se halla vinculada y comprometida con la realidad constitucional de “aquí y ahora” y con el sistema de garantías que esa realidad comporta –“debidas” a la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana)–.

Vamos, que el procesalista que se precie ha de asumir el “compromiso constitucional” que no es político, ya que la Constitución como norma suprema es apolítica.

Y, a ver. Todo lo indicado renglones antes abona un planteamiento rupturista y de adecuación de la norma procesal al sistema de garantías procesales que se halla recogido en la propia Constitución y en los propios textos procesales. Esa adecuación es, sin embargo, negada por cierto sector doctrinal español. Veamos cómo. Quizá en esa propuesta, justificada en la negación, se ubique SERRA DOMÍNGUEZ (1972, *Liberalización y socialización del proceso civil*, p. 512, 514, 541 y 542) al mantener que, el Derecho procesal – su sustrato o esencia, se entiende– permanece inmutable y que, en consecuencia, no es posible postular en él la ruptura.

Al contrario. El proceso del ejercicio funcional de la jurisdicción desde su sustantividad no debe ser conservador, sino rupturista. Y para la ruptura sólo existe un referente: la Constitución. Su aportación a la normativa procesal ni es política porque el texto constitucional es apolítico, ni es rituaría, técnicamente, porque la adopción de la metodología constitucional construye una realidad procesal sustantiva [no adjetiva, rituaría o técnica] acomodada con la realidad constitucional de “aquí y ahora” es la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139.3 de la Constitución peruana).

Y aquí es a dónde quería llegar nuevamente. La sustantividad que aporta la Constitución no es técnica o formalmente propia del procedimiento y de sus soluciones técnico-adjetivas. De ahí que, por propia naturaleza, sea dinámica y rupturista. Dinamización y ruptura que se justifican, además, en la cualificación de los órganos jurisdiccionales como órganos de soberanía en la medida en que “la justicia emana del pueblo” (art. 138 de la Constitución peruana).

Pienso para mí que, esa cualificación, va a reflejar las relaciones entre el Estado y el individuo. Y, a su vez, esas relaciones van a ser determinantes de la posición del órgano jurisdiccional [del “órgano de soberanía”] respecto de los sujetos que acuden al mismo. En un ámbito de ejercicio liberal de la función jurisdiccional, el órgano jurisdiccional, como “órgano de soberanía”, adopta una posición pasiva o de mera reacción respecto de las actuaciones de los sujetos que ante él actúan. En cambio, en un ámbito de ejercicio no liberal de la función jurisdiccional – permítaseme decir: “social” – el órgano jurisdiccional como “órgano de soberanía” adopta una posición activa que ha de suponer un nuevo reparto de cometidos entre ese órgano jurisdiccional y las partes que, como efecto más inmediato, va a originar – lo diré – dinamización y ruptura que se justifican en la cualificación de los órganos jurisdiccionales como órganos de soberanía (art. 138 de la Constitución peruana). Nada menos.

## 6. EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO

Propósitos parejos se hallan en el sobado “debido proceso sustantivo”.

Para mí – me apoyo en la ilustración de la reiteración para expresarme, en el modo en que deseo, renglones seguidos –, el proceso – de la función jurisdiccional – se caracteriza, de un lado, por su contenido sustantivo que asume la materialidad constitucional de aquí y ahora y, de otro, por la debida instrumentación, a través del procedimiento, de esa sustantividad garantista, alcanzándose así – salvo mejor parecer – el debido proceso sustantivo en el modo postulado por ALMAGRO NOSETE.

A ver. Se trataría de la conexión, en palabras de ALMAGRO NOSETE (1984, Constitución y proceso, p. 105 y 106), de “las meras formalidades – énfasis mío – de un proceso, con las condiciones de justicia del mismo – la “tutela jurisdiccional” del artículo 139.3 de la Constitución peruana – para garantizar que el ciudadano sea razonablemente enjuiciado sin atentar a sus derechos fundamentales” – énfasis, de nuevo, mío – que nos abocaría hacia el carácter de debido y sustantivo del proceso – de la función jurisdiccional – para no atentar contra los “derechos fundamentales” del ciudadano – en palabras de ALMAGRO NOSETE – y que sólo encuentra su justificación – el carácter de debido y sustantivo del proceso – en la medida en que corrige, en cada momento histórico, la atemporabilidad e instrumentalidad aséptica y adjetiva del procedimiento – de “las meras formalidades” en palabras, de nuevo, de ALMAGRO NOSETE–.

Y, a lo que voy. Es preciso garantizar que el proceso de la función jurisdiccional constituya, en cuanto a su carácter debido y sustantivo, garantía de justicia. Es, en mi concepción, el derecho al proceso justo (fair trial; fair hearing).

Esta breve –pero sabrosa, pienso para mí– miscelánea garantista no nos hace perder de vista que, algún sector doctrinal, postula que la ausencia de garantías procesales o al menos su desarrollo desigual [de esas garantías] en el ordenamiento procesal frustraría la conceptualización del proceso como garantista y sustantivo. Esta tesis es la que, quizá, propugna ORTELLS RAMOS (1999, Introducción, págs. 4 y 5). Para entenderlo. La ausencia de garantías [como es el caso del proceso penal inquisitivo según ORTELLS RAMOS] o del desarrollo desigual de las mismas [como es el caso del proceso de declaración en relación con los cautelares y de ejecución según, también, ORTELLS RAMOS]; o, en fin, la existencia de nuevas garantías en entornos que se han “procesalizado” [como es el caso del procedimiento administrativo, en particular en materia de sanciones, siempre según ORTELLS RAMOS] lo único que evidencia es una contemporización o acomodación a un ordenamiento procesal que históricamente ha sido muy deficitario en garantías. Pero, no frustra la realidad del garantismo procesal. Por lo demás, esa actitud acomodaticia consistente en conceptualizar el Derecho procesal “por otros derroteros” [según ORTELLS RAMOS] distintos a los garantistas no debe ser determinante porque –pienso para mí– no sería constitucional.

Y no deseo ser tibio. Allí donde no existen garantías hay que crearlas

[sería el caso del proceso penal inquisitivo]; allí donde sean desiguales hay que igualarlas con arreglo a unos criterios que garanticen la tutela judicial efectiva en todo caso o supuesto [art. 24 de la Constitución] y allí, en fin, donde irrumpen las garantías hay que consolidarlas [como es el caso del procedimiento administrativo, particularmente, en materia de sanciones]. No se puede actuar de espaldas al garantismo procesal. No es posible frustrar la realidad del garantismo procesal. No. Mil veces, no.

Pero, una advertencia. Sería tremendamente torpe pensar que, la corrección de la atemporalidad mecanicista procedimental, debe originar un desmantelamiento del procedimiento, cuya técnica, es acrítica. Si así se pensara se convertiría al debido proceso sustantivo en algo sin sentido. Sin justificación. Tampoco no.

Por ello, y aún cuando ambas realidades conceptuales, esto es, proceso y procedimientos son autónomas – y así lo demuestra el propio devenir histórico del procedimiento en muchas ocasiones desprovisto de soluciones garantistas–, son, a su vez, necesariamente interdependientes para que la técnica procedimental se justifique y para que, la sustantividad garantista del debido proceso, no sea una realidad conceptualmente desprovista de lógica y sentido técnico.

Para que se me entienda. Un planteamiento garantista, que opere sin la justificación técnica del procedimiento, origina algo tan paradójico como una exacerbación sustantiva que deja de ser garantista, precisamente, por no poseer la técnica del procedimiento con la que operar. De no tenerse en cuenta tal planteamiento estaríamos abocados a lo absurdo, lo que no justifica la supresión de la técnica procedimental en aras de una mal entendida tutela judicial más efectiva (por ejemplo, más rápida y abreviada) que, como tal garantía, sin el referente de la técnica procedimental, sería una realidad conceptual inoperante e, insisto, desprovista de lógica y sentido.

Pero, malamente servirían las únicas soluciones procedimentales [rituarias]. La hipervaloración procedimentalista, sin la sustantividad debida del proceso de “aquí y ahora” de cada momento histórico, puede abocar a actitudes irracionales.

De ahí que, si no exaspero al lector con mi fijación en el carácter “debido” y “sustantivo” del proceso de la función jurisdiccional, tendrá que convenir conmigo que, cuando ESPARZA LEIBAR (1995, El principio del debido proceso, págs. 27 y 53) conceptúa el proceso como una realidad instrumental por ser «instrumento de la función jurisdiccional a través del cual únicamente se ejercita la misma» y señala que el procedimiento, cuando es jurisdiccional, «tiene un rasgo distintivo fácilmente identificable (...): se trata – dice – de la influencia del mismo [del procedimiento se entiende] en la efectividad del proceso», se aparta o aleja del común criterio doctrinal, hasta ahora examinado, que parte del concepto de proceso para luego realizar la concreción –con más o menos

fortuna, he de decirlo– de la realidad, comúnmente considerada, formal del procedimiento. Entonces, no tendré más cuajo que admitir que se apuesta por la opción metodológica inversa. Esto es, el procedimiento sería lo que otorga debida efectividad “sustantiva” al proceso.

Nuevamente no deseo terciar en ideas ajenas en lo que ha de ser considerado, tan sólo, como un debate doctrinal. No. En modo alguno. Pero, permítame el paciente lector decir que, causa extrañeza, que, con base en que “se trata de la influencia del mismo [del procedimiento se entiende] en la efectividad del proceso”, se construya el denominado, por ESPARZA LEIBAR, “principio del debido proceso”, por cuanto, metodológicamente, parece difícil construir un concepto del “debido proceso”, que ante todo debería ser sustantivo y autónomo, a través de la justificación de la formalidad acrítica y mecanicista – sin sustantividad “debida” al texto constitucional – del procedimiento. En definitiva, y como ya se supondrá, es justo lo contrario. O sea, que el procedimiento no otorga efectividad al proceso, puesto que el proceso, conceptualmente, es autónomo, porque, de lo contrario, no le cualificaría su “sustantividad debida – a la norma constitucional, se entiende –”; y si es “debido” es porque posee resortes propios para ser efectivo y autónomo o para obligar, como debido, en base a una propuesta metodológica propia – es la constitucional del fair trial; fair hearing– que, justo, porque es sustantiva, no puede ontológicamente depender o ser efectiva en base a la acriticidad del procedimiento. Y aquí es a dónde quería llegar: primero es el proceso –“debido”, se entiende –. Pero, no el procedimiento. Repare el lector en que lo expuesto es, nuevamente, una opinión doctrinal que, tengo para mí, se halla fundada o justificada.

Y termino ya. El “debido proceso” de la función jurisdiccional, en su vertiente conceptual, es, una realidad sustantiva que, al hallarse vinculada y comprometida con la realidad constitucional de “aquí y ahora” y con el sistema de garantías que esa realidad implica, afecta al cómo institucional del servicio público de la justicia. Dicho de otro modo, el “debido proceso” de la función jurisdiccional se inscribe en la conceptualización de la Administración de Justicia como servicio público.

Me satisface que GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ opine del mismo modo (2003, Cuestiones de práctica, p. 2). Y mírese por qué. Ahí va. El debido proceso, en su sustantividad, no es una realidad neutra. Es una realidad comprometida que afecta a una propuesta institucional justificada en el cómo se ejerce respecto del justiciable [servicio público]. Pero, permítame el paciente lector indicarle que no siempre se ha pensado de ese modo. No es mi deseo, una vez más, terciar en opiniones ajenas. Pero, para se haga una idea de lo que deseo aludir ahí está la opinión de ÁLVAREZ SACRISTÁN que parece negar que el proceso se deba –“debido”, se entiende – a la existencia de un sistema de garantías al decir que “... ni la justicia es un servicio público, ni la actuación procesal es servicio público en el sentido de la expresión...” (1999, La justicia, p. 28).

Es poco menos que anecdótico y/o pintoresco apelar al garantismo procesal, como elemento indiscutido del concepto del “debido proceso”, para, finalmente, negarle su compromiso con el cómo se ejerce. Es tanto como postular un “debido proceso” sin referente alguno que, hallándose en constante estado de levitación, aspira a mantenerse en el aire sin ningún punto de apoyo.

Y pongo aquí mi punto y final – por ahora – con el deseo de no haber cansado, en demasía, al paciente lector.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- NOSETE, J. Almagro. *Constitución y proceso*. Barcelona: Bosch, 1984.
- SACRISTÁN, I. Álvarez. La justicia y su eficacia. *De la Constitución al proceso*. Madrid: Ed. Colex, 1999.
- GUILLÉN, V. Fairén El proceso como función de satisfacción jurídica. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. n. 1, 1969.
- LEIBAR, I. Esparza. *El principio del debido proceso*. Barcelona: Bosch, 1995.
- GONZÁLEZ, F. Gómez de Liaño. *Cuestiones de práctica judicial relativa a la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*. San Sebastián: Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.
- NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. Lorca. La garantía procesal del Derecho. *Revista Brasileira de Direito Processual*. 1985, v. 47.
- \_\_\_\_\_. *El problema de la administración de justicia*. San Sebastián: Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989, Reimpresión en 1996.
- \_\_\_\_\_. La garantía del derecho procesal. Su tratamiento doctrinal. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA)*. n.3, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*. Madrid: Ed. Dykinson, 2000.
- \_\_\_\_\_. *El derecho procesal como sistema de garantías*. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. n. 107, Mayo-Agosto 2003.
- \_\_\_\_\_. La garantía del derecho procesal y su incidencia en la ley de enjuiciamiento civil. *Diario LA LEY*, n. 6346 de 25 de octubre de 2005.
- \_\_\_\_\_. El proceso “con todas las garantías” (art. 24.2 de la Constitución). *Diario LA LEY*, n. 6803, 2007.
- AROCA, J. Montero. *Introducción al proceso laboral*. Barcelona: Bosch Editor, 1994.
- \_\_\_\_\_. et al. *Derecho Jurisdiccional*. 9. edición. Valencia, 1999.
- RAMOS, M. Ortells. *Introducción al derecho procesal*. Granada: Comares, 1999.

DOMÍNGUEZ, M. Serra. Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales). *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. n. 2-3 de 1972.



# REGULACIÓN JURÍDICA DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA SEGÚN CONVENIO BILATERAL HISPANO-BRASILEÑO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA

---

Eva Andrés Aucejo<sup>1</sup>

## RESUMEN

El intercambio de información entre administraciones tributarias de distintos países constituye un mecanismo básico de cooperación y asistencia mutua entre los Estados, intercambio de información que ha ido viendo ensanchar su ámbito objetivo de aplicación acorde a las necesidades crecientes del nuevo contexto fiscal internacional. Teniendo eso en cuenta, el presente trabajo analiza el Régimen Jurídico del Intercambio de Información Tributaria en el Convenio Bilateral Hispano-Brasileño para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta.

## Palabras clave

Intercambio de Información. Asistencia Mutua entre Estados.

## RESUMO

O intercâmbio de informação entre administrações tributárias de distintos países constitui um mecanismo básico de cooperação e assistência mútua entre os Estados, intercâmbio esse que tem procurado alargar o seu âmbito objetivo de aplicação de acordo com as necessidades crescentes do novo contexto fiscal internacional. Levando isso em conta, o presente trabalho analisa o regime jurídico do intercâmbio de informação tributária no convênio bilateral hispano-brasileiro para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de imposto sobre a renda.

## Palavras-chave

Intercâmbio de Informação. Assistência Mútua entre Estados.

---

<sup>1</sup> Licenciada y Doctora en Derecho. Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales. Profesora Titular de la Universidad de Barcelona. E-mail: eandres@ub.edu

## 1. INTRODUCCIÓN

El 14 de noviembre de 1974 el Estado Español y la República federativa de Brasil firmarían el Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta, Convenio a cuyo comentario se han dedicado las páginas que preceden a éstas y que - a los efectos que aquí interesa destacar - incluyó la denominada “Cláusula de Intercambio de Información Tributaria”.

Quedaban así sellados los lazos de de cooperación y colaboración recíproca en materia de intercambio bilateral de información con trascendencia tributaria entre los Estados firmantes, esto es: entre la República Federativa de Brasil y el Estado Español. El citado Convenio pasaba pues a engrosar el elenco de instrumentos bilaterales firmados en el mundo (que en la actualidad supera la cifra de 2000)<sup>2</sup>, en el que se deja patente, como sucede - por otra parte - en la mayoría de aquéllos, el propósito de conciliar un auxilio recíproco en materia de cooperación e intercambio recíproco.

Aunque lo bien cierto es que el intercambio de información tributaria y la Asistencia Mutua junto con cuestiones como por ejemplo la competencia fiscal perniciosa, u otras; en la actualidad ocupan un lugar prioritario en el ranking de aspectos de fiscalidad internacional, no es por ello de olvidar el profundo arraigo histórico concitado “da antico” por el referido tema.

En efecto, nadie duda hoy sobre la importancia que en el ámbito de las relaciones internacionales de corte tributario tiene el intercambio de información entre las administraciones tributarias. Y lo que es más, el efecto arrastre que la globalización económica tiene sobre aspectos como: la intensificación de la competencia fiscal, a veces también perniciosa; la proliferación de regímenes tributarios preferenciales; la deslocalización de las rentas del capital, etc.; sin duda han llevado a preponderar el papel que juega en el escenario internacional el intercambio de información tributaria.

Tanto es así que de aquellos fines convencionales atribuibles al mismo, en tanto que mecanismo clásico en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacional, se apunta con rabiosa actualidad hacia un giro de timón en dos sentidos. A saber: el intercambio de información tributaria y la Asistencia Mutua entre Estados se conciben hoy, a raíz de las nuevas realidades emergentes en la realidad económica-fiscal internacional, como el “principal modo para garantizar la pervivencia del modelo impositivo tradicional de los Estados Miembros de la OCDE en un contexto de globalización económica y competencia fiscal” (CALDERÓN CARRERO, J. M.). Fijese que cada vez más vamos hacia un modelo donde las inversiones, actividades económicas y operaciones fiscales realizadas “extra muros” han pasado de “excepción” a “norma”.

Y se apunta por la misma fuente pero en otra dirección, novedosa tanto por su

---

2 Fuente: *Organisation for Economic Cooperation and Development*, [www.oecd.org/document](http://www.oecd.org/document); “Article 26 of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital”.

proveniencia como por su contenido, que el TJCE concibe el intercambio de información tributaria como un instrumento al servicio y protección de los obligados tributarios [casos *Halliburton Services* (1994); *Schumacker* (1995); *Wielockx* (1995), *Futura Participations* (1996), *ICI* (1997), ...].

Retomamos el discurso volviendo a la cláusula que en materia de Intercambio de Información se incorporó finalmente en el Convenio para evitar la Doble Imposición (en adelante CDI) Hispano-Brasileño; cabiendo apuntar como premisa de partida que la misma trae causa de la redacción original del Modelo de Convenio (MC) de la OCDE de 1963.

En efecto, el esfuerzo y las preocupaciones de los Estados de España y Brasil para la cooperación y el intercambio de informaciones con trascendencia tributaria que ya desde antaño estaba latente, tiene su plasmación definitiva en la redacción del artículo 26 del CDI Hispano-Brasileño, a cuyo tenor las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarían las informaciones necesarias para la aplicación del propio Convenio y de las leyes internas de estos, en el bien entendido del secreto que rodea a las informaciones intercambiadas únicamente susceptibles de ser reveladas a persona o autoridad encargada de la liquidación o recaudación de los impuestos objeto del relativo Convenio.

## 2. BREVE APUNTE SOBRE LA INSTRUMENTALIZACIÓN JURÍDICA DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA Y LA ASISTENCIA MUTUA ENTRE ESTADOS

Sabido es que el Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias de distintos países constituye un mecanismo básico de cooperación y asistencia mutua entre los Estados, intercambio de información que ha ido viendo ensanchar su ámbito objetivo de aplicación acorde a las necesidades crecientes del nuevo contexto fiscal internacional (basta ver al respecto los últimos Acuerdos y Modelos de Convenio OCDE<sup>3</sup>, CIAT<sup>4</sup>, ..., adoptados en materia de Intercambio de Información tributaria, ó, en el ámbito Comunitario la Directiva 2003/48/CE, de 3 de junio, vulgarmente denominada “del ahorro”).

Así, el intercambio de información y con carácter de género “La Asistencia Mutua entre Estados”, han gozado –desde antaño– de cobertura jurídica en los instrumentos al uso adoptados de carácter internacional (MC OCDE 1963, MC ONU 1979<sup>5</sup>, MC EEUU (U.S. Model 1981<sup>6</sup>), ó Convenio Multilateral del Pacto Andino 1971; Convenios y Acuerdos Bi/Multilaterales; Directivas y Reglamentos Comunitarios, ...).

Sobradamente conocido es que en la redacción definitiva del MC OCDE para

<sup>3</sup> MC OCDE en materia de Intercambio de información, de 18 de abril de 2002.

<sup>4</sup> Modelo de Acuerdo de Intercambio de informaciones tributarias del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)”.

<sup>5</sup> En la actualidad *United Nations Model Double Taxation Convention between the developed and developing Countries*, 2001.

<sup>6</sup> Actualmente *United States Model Income Tax Convention* of september 20, 1996

evitar la doble imposición fechada en 1963, se recoge la prístina redacción de la Cláusula de Intercambio de Información (CII en lo sucesivo), sin perjuicio de las modificaciones posteriores del MC OCDE 1977 y 2000. No cabe empero desconocer, que ya del primer cuarto del siglo XX datan los pioneros conatos para alcanzar una normativa en materia de asistencia mutua en asuntos fiscales de corte internacional. De hecho, en 1928 la Liga de Naciones aprobó -entre otros- Modelos relativos a Asistencia Mutua y Asistencia Judicial en la recaudación de tributos.

Sin embargo, los esfuerzos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en orden a alcanzar un Modelo genérico con que evitar la doble imposición no verían la luz definitivamente hasta 1963 con la aprobación del MC OCDE [como precedentes son de citar los Modelos de 1928 para evitar la doble imposición internacional e Impuesto sobre la Renta, Modelo de México 1943 y Modelo de Londres (1946), los cuales, como se ha dicho (SERRANO ANTÓN, F.), nunca fueron unánimemente aceptados]<sup>7</sup>.

De manera análoga a lo acaecido en el MC OCDE, los modelos de Convenio ONU, EEUU y también el Convenio Multilateral del Pacto Andino previeron entre su articulado un artículo dedicado al intercambio de información tributaria (n. 26).

Ahora bien, posiblemente el hecho de que en tales Modelos de Convenio - y sobre todo en el MC OCDE mayoritariamente seguido en el mundo - únicamente se destinase un precepto a regular el intercambio de información tributaria, habida cuenta las necesidades crecientes de obtención de información fiscal internacional en un contexto de globalización económica, aunado a otra serie de motivos de las que a continuación damos cuenta, han condicionado y forzado la redacción de Modelos de Convenio destinados exclusivamente a regular las relaciones en materia de cooperación recíproca entre Estados e intercambio de información tributaria<sup>8</sup>.

Son motivos agregables, en la línea expuesta, la circunstancia de que con dicho artículo 26 o Cláusula de Intercambio de Información (CIT) se pretendió hacer frente a dos fines no siempre o más bien, no por qué convergentes, como son, de un lado, evitar la doble imposición y, de otro, combatir el fraude fiscal y la elusión impositiva, pues fíjese que con el mismo artículo se ha pretendido una dualidad de fines, factor que ha llevado a que países como por ej. Alemania incorporase una cláusula de intercambio de información "limitada", por entender forzado dar determinadas informaciones fiscales amparándose en que la finalidad de la CII prevista en el MC OCDE es evitar la doble imposición y no prevenir la elusión y el fraude fiscal.

Posiblemente también el hecho de que el intercambio de información

<sup>7</sup> LEAGUE OF NATIONS, "London and Mexico Model Tax Conventions: Commentary and text", Doc. C. 88.M.1946, ILA(1946), Cfr. en SERRANO ANTÓN, F., "La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal...", p. 6.

<sup>8</sup> "Intercambio de información y Administración tributaria", en Seminario internacional sobre Aspectos de la Tributación Internacional en el Contexto Actual y Doble Tributación.

tributaria previsto en el MC OCDE opta por un “sistema de mínimos” en el que el país firmante únicamente estará obligado a aportar al otro Estado requirente la información que no se pueda obtener bajo la legislación de cualquiera de los estados firmantes; hace que -como se dispone en los Comentarios al MC OCDE- cuando las legislaciones y prácticas administrativas de los Estados sean muy diversas, el intercambio se vea muy reducido o incluso imposibilitado. Tales diferencias entre las legislaciones y prácticas administrativas de los Estados, han llevado, por otra parte, a que países como Japón considere difícil realizar la transmisión de información amparándose, precisamente, en que le resulta insuficiente la mera rúbrica de que “la información transmitida se tratará como secreta en el Estado receptor de la misma manera que la conseguida bajo su ley interna” dada - precisamente - la diversidad de la que hablábamos entre sus leyes y prácticas administrativas.

Y seguramente, en fin, también otros factores como la necesidad de que tengan participación en la negociación y formulación de los CDI funcionarios de la administración tributaria y no sólo funcionarios ajenos al mundo de la fiscalidad, han, como decíamos, contribuido a la adopción de Modelos de Convenio específicos en materia de intercambio de información tributaria.

De esta suerte, hubo que esperar hasta el último cuarto del siglo XX para que se aprobase un instrumento de amplio alcance en materia de asistencia mutua y cooperación recíproca entre los Estados: A saber: el Convenio de 25 de enero de 1988 sobre Asistencia Mutua adoptado por la OCDE y el Consejo de Europa<sup>9</sup>, que curiosamente no entraría en vigor hasta el año 1995 y del que en la actualidad forman parte los siguientes países: Suecia, Noruega, los EEUU, Finlandia, Dinamarca, Islandia, Polonia, Bélgica y Holanda. Del mismo, interesa destacar aquí el hecho de que incorpora un concepto “integral” del término “Asistencia Mutua”<sup>10</sup> - sin perjuicio del margen de discrecionalidad de los estados firmantes<sup>11</sup>- que abarcaría los siguientes tipos o modalidades: -El intercambio de información para la liquidación y el cobro de los tributos; -La asistencia en la recaudación; -Notificaciones.

Se trata, como ha señalado la doctrina, de un Convenio con alcance “global”, pues la “relación comunicacional”, se dice, “no se detiene en la determinación de la deuda, sino que comprende la recaudación ejecutiva y si cabe los procedimientos sancionatorios administrativos y penales”, habida cuenta el contenido de dicha “relación comunicacional” abarca “El procedimiento de liquidación y cobro de impuestos; - El procedimiento de recaudación ejecutiva y las medidas cautelares relativas; - El ejercicio de las reclamaciones o recursos ante la administración o la denuncia y persecución

<sup>9</sup> Publicado en *Internacional Legal Materials*, n. 27, 1988, p. 1.169.

<sup>10</sup> GRAU RUIZ, A. El convenio sobre Asistencia Mutua en asuntos fiscales: su trascendencia para el derecho fiscal internacional español. *CEF*, n. 34/1997, p. 101-102

<sup>11</sup> FLETCHER, A. The Convention on Mutual Administrative Assistance on tax Matters. *Harvard International Law Journal*, v. 30, n. 2, p. 517, Cf. GRAU, A., “El convenio ...”, *ob cit.*, p. 101.

penal ante el órgano judicial”<sup>12</sup>.

En el año 2002 tendría lugar la adopción del Modelo de Convenio de la OCDE fechado el 18 de abril 2002, en materia de intercambio de información tributaria entre Estados. Modelo éste, caracterizado por la vasta extensión de su ámbito objetivo de obtención de información que se extiende al intercambio de información a efectos de la liquidación y cobro de la deuda, la recaudación forzosa y la denuncia y persecución administrativa y penal tributaria. Merece destacar que al Estado al que se le requiera la información no podrá declinar esta petición amparándose en el secreto bancario, pues se prevé el intercambio también de la información que detentan las entidades bancarias y financieras.

En virtud de la Directiva Comunitaria 77/799/CEE el intercambio de información automática consiste en que las autoridades competentes intercambiarán las informaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 1 sin solicitud previa y de manera regular.

Por su parte la Directiva 2003/48/CEE considera de aplicación las disposiciones previstas en la Directiva citada sobre Asistencia Mutua (77/799/CEE), salvo el artículo 8 relativo a los límites del intercambio de información<sup>13</sup>.

Valga, para finalizar y en línea con la nota previa, siquiera sea un pequeño apunte al estado de la cuestión en el Ordenamiento Comunitario. Son de mentar en este sentido, la 1ª Directiva: 77/799/CEE, sobre Asistencia Mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos reiteradamente modificada<sup>14</sup>, transpuesta en España por RD. 1326/1987, de 11 de septiembre, modificado parcialmente por el R.D. 1408/2004 de 11 de junio y por R.D. 161/2005, de 11 de febrero, así como el Reglamento N° 1798/2003 del Consejo de Europa, de 7 de octubre de 2003, sobre Cooperación Administrativa en el ámbito del IVA, derogado por Reglamento n. 218/1992/CEE.

<sup>12</sup> ROSEMBUJ, T. *Intercambio internacional de información tributaria*, edicions Universitat de Barcelona. 2004, p. 38-39.

<sup>13</sup> Véase, DELMAS GONZÁLEZ, F. Directiva del ahorro 2003/48/CE, de 3 de junio: ¿Un proceso finalizado? *Tribuna Fiscal*, n. 170, dic. 2004, p. 84.

<sup>14</sup> La Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos [Diario Oficial L 336 de 27.12.1977], se modifica por Directiva 79/1070/CEE la cual amplía su alcance a los impuestos indirectos (IVA). Posteriormente, la Directiva 92/12/CEE de nuevo modifica la Directiva 77/799/CEE con objeto de extender sus disposiciones a los impuestos especiales. Finalmente, la Directiva 2003/93/CEE amplía el alcance de la asistencia mutua establecida en la Directiva 77/799/CEE a la imposición sobre las primas de seguros contempladas en la Directiva 76/308/CEE con objeto de proteger más satisfactoriamente los intereses financieros de los Estados miembros y la neutralidad del mercado interior.

### 3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA EN EL CONVENIO BILATERAL HISPANO-BRASILEÑO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Como primer aspecto destacable es de indicar la extraordinaria similitud entre la redacción de la cláusula de intercambio de información prevista en el CDI Hispano-Brasileño, respecto a la CII contenida en el artículo 26 del MC OCDE 1963, por lo que avanzamos, las imperfecciones, objeciones u observaciones predicables de este último serán en muchos casos extrapolables al supuesto que nos ocupa.

CDI HISPANO-BRASILEÑO - art. 26	MC OCDE 1963 - art. 26
<p>1. Las Autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para la aplicación del presente Convenio y de las leyes internas de los Estados contratantes relativas a los impuestos comprendidos en el presente Convenio que se exijan de acuerdo con él. Las informaciones así intercambiadas serán mantenidas secretas y no se podrán revelar a ninguna persona o autoridad que no esté encargada de la liquidación o recaudación de los impuestos objeto del presente Convenio.</p> <p>2. Las disposiciones del párrafo 1 no pueden, en ningún caso, interpretarse como imponiendo a uno de los Estados contratantes la obligación de:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado contratante;</li><li>b) Transmitir informaciones que no se pueden obtener sobre la base de su legislación o práctica administrativa normal o de las del otro Estado contratante;</li><li>c) Transmitir informaciones que revelen secretos comerciales, industriales, profesionales o de procedimientos comerciales o industriales, o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.</li></ul>	<p>1. Las Autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para la aplicación de las disposiciones de este Convenio, o de las leyes internas de los Estados contratantes relativas a los impuestos comprendidos en el presente Convenio, en tanto que la imposición de que se trate esté de acuerdo con este Convenio. Cualquier información así intercambiada será tratada como secreta y no será revelada a ninguna persona o autoridad diferente de aquellas encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos que son materia del Convenio.</p> <p>2. En ningún caso, las disposiciones del párrafo 1 serán interpretadas de modo que impongan a uno de los Estados contratantes la obligación de:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado contratante;</li><li>b) Transmitir informaciones que no se pueden obtener sobre la base de su legislación o práctica administrativa normal o de las del otro Estado contratante;</li><li>c) Transmitir informaciones que revelen secretos comerciales, industriales, profesionales o de procedimientos comerciales o industriales, o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.</li></ul>

### 3.1. Ámbito objetivo de aplicación

“Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para la aplicación del presente Convenio y de las leyes internas de los Estados contratantes relativas a los impuestos comprendidos en el presente Convenio que se exijan de acuerdo con él”.

Varias son las cuestiones que pueden ser destacadas transcrito. A saber:

a) Impuestos a los que afecta el intercambio de información tributaria ente las autoridades de España y Brasil.

En primer lugar, queda explícito que el intercambio de información debe circunscribirse a los impuestos comprendidos en el presente Convenio. De acuerdo con el artículo 2 del mismo, éste se aplica a los Impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, los impuestos sobre el importe de los salarios pagados por las empresas (no se incluyen las cuotas de seguridad social), así como los impuestos sobre las plusvalías (vid. Comentario art. 2 de esta obra).

De donde cabe colegir que las autoridades competentes de España y Brasil, en virtud del Convenio Bilateral firmado por ambas en 1974, no estarán obligadas a transmitirse información tributaria relativa al Impuesto sobre el Patrimonio, a diferencia de lo previsto en el MC OCDE en todas sus versiones, ni tampoco otro tipo información relativa a otro tipo de impuestos, como sucede, por ejemplo, en el MC OCDE -versión 2000- que amplía la obligación de intercambiar información tributaria en relación a toda clase de impuestos percibidos tanto por los Estados contratantes, como por sus subdivisiones políticas o sus entidades locales.

b) Tipos o modalidades del Intercambio de información.

Es destacable sobre este particular que el CDI hispano-brasileño, de manera análoga al MC OCDE y a sensu contrario de lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 77/799/CEE y en otros textos jurídicos, omite especificar cuáles son las distintas modalidades de intercambio de información tributaria que pueden darse. No obstante ello y de conformidad con lo prevenido en los Comentarios MC OCDE, el intercambio de información tributaria podrá realizarse ajustándose a cualquiera de las modalidades que siguen. A saber<sup>15</sup>:

1) Intercambio previa petición: se realiza para obtener datos sobre un asunto concreto, siempre y cuando el Estado requerido no pueda obtener tal información atendiendo a sus fuentes internas de información. Ésta ha sido,

<sup>15</sup> Estas tres modalidades de información sí se prevén expresamente tanto en la 1ª Directiva como en otros instrumentos internacionales multilaterales como: el Convenio de 25 de enero de 1988 sobre Asistencia Mutua adoptado por la OCDE y el Consejo de Europa; el R.D. 1326/1987, de 11 de septiembre de transposición en España de la 1ª Directiva; Modelo de Convenio de la OCDE fechado el 18 de abril 2002, en materia de intercambio de información tributaria entre Estados; el MC CIAT sobre intercambio de información, (...).

históricamente, una modalidad de total interés para los Estados y en todos los instrumentos jurídicos internacionales en que se ha tipificado, la doctrina ha hecho especial hincapié en reiterar que el límite a estos requerimientos son las llamadas “expediciones de pesca” (fishing expeditions) o requerimientos genéricos e indiscriminados de información destinadas a descubrir bolsas de fraude fiscal internacional.

2) Intercambio automático, que, como su propio nombre indica se utiliza para transmitir información de forma mecánica al otro Estado contratante.

3) Intercambio espontáneo, consistente en la comunicación libre, no coactiva y espontánea de comunicación de información tributaria de un Estado a otro.

c) Motivos que justifican la posibilidad de realizar el intercambio de información.

Respecto a la finalidad que hace posible el intercambio de información entre las autoridades competentes de España y Brasil, el artículo 26 del CDI hispano-brasileño cita literalmente que el intercambio de información entre los Estados contratantes tendrá como finalidad la aplicación del presente Convenio y las leyes internas de los Estados contratantes.

Por tanto y de la dicción literal del precepto, teleológicamente el intercambio de información tributaria se realizará a los efectos de: a) evitar la doble imposición entre los Estados de España y Brasil; b) aplicar las leyes internas de ambos Estados contratantes.

Repárese que en este párrafo no se hace mención expresa a la necesidad de realizar el intercambio de información para evitar el fraude fiscal y la elusión impositiva. Precisamente ésta es una de las diferencias que se suele significar entre el modelo de Convenio ONU y el MC OCDE, pues el artículo 26 del MODELO ONU, sí hace alusión expresa a que las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán las informaciones (...). en particular para la prevención del fraude o evasión de tales impuestos.

Ahora bien, quiere ello decir que si las autoridades de España o Brasil piden información recíproca con el objetivo “anti-defraudación”, ¿el país requerido puede sentirse no obligado a suministrarla? Entendemos que ésta es una interpretación incorrecta y que también la finalidad de prevenir el fraude o la evasión de tales impuestos es un fin fundamental del intercambio de información entre las autoridades de España y Brasil que apoyará tal reciprocidad. Justificamos nuestra posición en dos argumentaciones. A saber:

- En primer lugar, porque ya sea de forma expresa, ya sea de forma tácita, cabe concluir afirmando que la prevención del fraude fiscal ha sido –de suyo– un objetivo tradicionalmente asociado al intercambio de información tributaria. De hecho, en cualquier libro, artículo o manual al uso que contemple la materia objeto de estudio se puede observar tal conexión.

- En segundo lugar, entendemos que también amparándonos en el

propio CDI hispano-brasileño dicha conexión es implícita por dos motivos: uno, porque el propio artículo 26 dice que el intercambio de información tiene como fin la “aplicación del presente Convenio”, y el CDI hispano-brasileño se titula literalmente “Convenio entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta”, y dos, porque también se dice en el CDI hispano-brasileño que el mismo tiene como fin la aplicación de las normas internas de los Estados contratantes y obvio es que entre las normas internas de los Estados Contratantes está el propósito de prevenir el fraude fiscal y la evasión de impuestos.

d) Finalmente, cabe hacer alusión a que en el CDI hispano-brasileño se contempla una de las vías para hacer efectiva la Asistencia Mutua entre los Estados, en el bien entendido de que el ámbito de la Asistencia Mutua tiene un radio de actuación mayor al propio del intercambio de información.

En este sentido es de reseñar que a tenor de lo establecido en el CDI hispano-brasileño, la cooperación y colaboración en materia de intercambio de información entre España y Brasil (análogamente a lo que sucede en el MC OCDE 1963, del que trae causa), no podrá incluir dentro de su ámbito otras técnicas de colaboración y asistencia mutua, como por ejemplo la asistencia en los procedimientos de recaudación forzosa y en los procedimientos de revisión administrativa y penal tributaria, o también en materia de práctica de notificaciones. Actuaciones de cooperación mutua, que, sin embargo, sí están contempladas en instrumentos multilaterales como el Convenio de Asistencia Mutua OCDE - Consejo de Europa de 1988, o también en el MC OCDE de intercambio de información 2002 etc.

### 3.2. Ámbito subjetivo de aplicación

Bajo esta rúbrica se analiza el círculo de sujetos sobre los que los Estados deben ofrecer información tributaria. Esto es, se analiza, básicamente, sobre qué sujetos están obligados los Estados de España y Brasil a aportar información: ¿sobre los residentes en ambos países?; ¿sobre los residentes en alguno de los países?, o ¿cabe también la demanda de información sobre sujetos no residentes en ninguno de los países firmantes?

Como premisa de partida, reiteraremos una vez más que el artículo 26 del CDI hispano-brasileño sigue el MC OCDE 1963, y ello es importante también a estos efectos, puesto que según la versión inicial de 1963 el Estado requirente únicamente puede pedir información al Estado requerido sobre las personas residentes en uno o ambos Estados contratantes, pero no puede solicitar información sobre sujetos residentes en un tercer Estado.

Idéntica interpretación ha de hacerse a nuestro juicio<sup>16</sup>- en el intercambio

---

<sup>16</sup> En línea con las consideraciones de quienes piensan que los CDI con CII según MC OCDE 1963, deben aportar información tributaria sobre los residentes de uno o ambos Estados residentes, pero

de información tributaria entre los Estados de Brasil y España, pues a tenor de su CDI, las autoridades contratantes intercambiarán la información necesaria para la correcta aplicación del presente Convenio. Y dicho Convenio hispano-brasileño prevé en su artículo 1 que el mismo será de aplicación a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes<sup>17</sup>. En consecuencia, según esta redacción los Estados de España y Brasil no están obligados a aportar información sobre no residentes de alguno de los dos Estados.

Otro aspecto clásico tratado por la doctrina española respecto al ámbito subjetivo del modelo de Convenio de la OCDE, es conocer si las autoridades contratantes pueden solicitar información al Estado requerido sólo de los contribuyentes o también de otros obligados tributarios. Siguiendo el criterio de la doctrina tributaria (De la Peña/ Casado Ollero, Palao Taboada...) y extrapolándolo a la CII del CDI hispano-brasileño, consideramos que se podrá pedir información por parte de las autoridades competentes de los Estados contratantes (España-Brasil) sobre contribuyentes que estén sujetos al deber de colaborar con la Hacienda Pública según las legislaciones internas.

En el caso de España, la nueva LGT aprobada por Ley 58/2003, en su artículo 93 prevé el régimen jurídico de las obligaciones de información o deber de colaboración de los obligados tributarios con la Administración tributaria.

### 3.3. El destino del Intercambio de Información tributaria y el deber de confidencialidad

En virtud del artículo 26.1 in fine del CDI hispano-brasileño: "Las informaciones así intercambiadas serán mantenidas secretas y no se podrán revelar a ninguna persona o autoridad que no esté encargada de la liquidación o recaudación de los impuestos objeto del presente Convenio".

El hecho de que en los CDI exista una cláusula que garantice que el intercambio de información será secreto, al tiempo que se restringe el destino de los datos intercambiados, es motivo de inusitada relevancia para que los Estados contratantes opten por incluir cláusulas de intercambio de información en sus convenios bilaterales. En este sentido puede leerse en textos escritos por la doctrina científica, que la mayoría de los países suelen supeditar el intercambio internacional de información fiscal a la existencia de un convenio internacional que contemple la asistencia recíproca; de manera que pueda así garantizarse que la información intercambiada no será difundida ni usada para fines distintos de los que motivaron dicho intercambio de información. Y añade en este sentido CALDERÓN CARRERO, que ello tiene una especial trascendencia en países como Gran Bretaña o Alemania con tradición de protección del "secreto

---

no relativa a los no residentes en ninguno de los dos Estados (DE LA PEÑA/CASADO OLLERO, G., p. 416-417 y ss; CALDERÓN CARRERO, J.M., "El intercambio de información...", en la obra colectiva *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española...* p. 305). Vid. bibliografía.

<sup>17</sup> Véase los comentarios de este artículo 1 realizados por TAVEIRA TORRES, Heleno. al inicio de esta obra.

bancario”.

Por regla general, el intercambio de información tributaria será viable únicamente si media convenio internacional que lo contemple, de manera que los Estados contratantes puedan confiar en la confidencialidad de la información suministrada y en el uso correcto de la misma conforme lo prevenido en el contrato (GUTIERREZ LOUSA, M., Manual de Fiscalidad Internacional). Sin embargo, a veces dicho intercambio se realiza unilateralmente sin que medie un convenio que regule esta modalidad de asistencia mutua. Ello no obstante, es excepcional (caso de Alemania) y sólo debe realizarse en supuestos específicos donde lo autorice expresamente una ley y en la medida en que se haya asegurado la protección de los datos en el Estado receptor. Así, se suele citar como ejemplo la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 27-11-96 a cuyo tenor no se infringían los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando las autoridades de un país (Alemania) transmitieron espontáneamente información fiscal de un contribuyente a las autoridades de otro Estado miembro (Países Bajos), ya que el intercambio se hizo siguiendo el marco de la Directiva 77/799/CEE persiguiendo un fin legítimo (la prevención de la evasión fiscal) y de forma proporcionada y necesaria<sup>18</sup>.

En el CDI hispano-brasileño, el artículo 26.1 in fine contempla el “deber de confidencialidad” y “uso restringido” de los datos intercambiados entre las autoridades competentes de España y Brasil. Dice así el precepto mentado: “Las informaciones así intercambiadas serán mantenidas secretas y no se podrán revelar a ninguna persona o autoridad que no esté encargada de la liquidación o recaudación de los impuestos objeto del presente Convenio”.

Se sigue en esta redacción la versión inicial del artículo 26 del MC OCDE 1963 donde se limita a declarar que los datos así obtenidos serán considerados como “secretos”, versus las versiones posteriores 1977 y 2000 MC OCDE que añaden nuevas restricciones respecto al alcance del “deber de confidencialidad” y “destino del uso de los datos intercambiados”, en los dos sentidos siguientes:

En primer lugar, por lo que respecta al “deber de confidencialidad” las versiones posteriores añaden el siguiente párrafo: “Cualquier información recibida por el Estado contratante será tratada como secreta de la misma manera que la información obtenida bajo la ley interna de ese Estado”.

Esta aclaración, también prevista en la Directiva 77/799/CEE, llevó a que los Estados que poseen una legislación muy celosa en cuanto a la protección del “secreto bancario” no intercambiaran información tributaria a menos que estuvieran seguros de que la legislación del país receptor de los datos protege al menos con el mismo celo las informaciones recibidas<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Application Num. 30128/96. Comentada por BAKER en la *British Tax Review*, n. 4/2000, p. 265-266. Véase también el caso Application Núm. 12592/86 (CALDERÓN CARRERO, J. M., “El intercambio de información ...”, *ob. cit.*, p. 282).

<sup>19</sup> Entre las reservas formuladas por los Países miembros de la OCDE respecto al art. 26 MC OCDE

En segundo lugar, respecto al “uso o destino de la información intercambiada”, el artículo 26. 1 in fine del CDI hispano-brasileño (análogamente al MC OCDE 1963), restringe el círculo de los destinatarios de dicha información al afirmar que “no se podrá revelar a ninguna persona o autoridad que no esté encargada de la liquidación o recaudación de los impuestos objeto del presente Convenio”.

De la redacción transcrita queda constancia que los únicos receptores de dicha información son las autoridades competentes de la liquidación o recaudación de los impuestos referidos.

De ahí que, también en este punto, las modificaciones posteriores del MC OCDE 1977, 2000, afectaron a este apartado, pues a tenor de las mismas el artículo 26 quedó redactado como sigue:

“... Cualquier información recibida por un Estado contratante será tratada como secreta de la misma manera que la información conseguida bajo la ley interna de ese Estado y será revelada solamente a persona o autoridad (incluyendo tribunales y órganos administrativos) involucrados en (expresión sustituida en 1995 por “concernientes con”) la liquidación o recaudación de, el procesamiento coactivo o enjuiciamiento respecto de, o en la resolución de apelaciones en relación a, los impuestos cubiertos por el Convenio. Estas personas o autoridades usarán la información sólo para estos propósitos”. (Redacción que se incluyó no sólo en las sucesivas versiones del MC OCDE, sino también en el MC ONU 1979).

Por su parte la Directiva 77/799/CEE permite la revelación de la información intercambiada en audiencias públicas y sentencias, siempre que exista autorización previa del Estado transmitente, siendo esta autorización discrecional (art. 7.1).

En el Modelo de Convenio de EEUU el ámbito de los destinatarios de la información incluye a las autoridades de gestión y también a los órganos de supervisión de la Administración tributaria, así como a organismos vinculados al poder legislativo y la Oficina de Contabilidad General del Estado.

Por lo que respecta a otros instrumentos multilaterales en materia específica de intercambio de información tributaria, cabe hacer sucinta referencia de un lado, al Convenio de Asistencia Mutua “Consejo de Europa-OCDE” de 1988, donde se posibilita el acceso y la revelación de la información obtenida a las personas y autoridades implicadas en la liquidación, cobro, recaudación ejecutiva, denuncia o procedimientos penales, toda vez que la información podrá ser desvelada si existe autorización previa del suministrador en juicios

---

(1977) y a sus Comentarios, Japón destacó la insuficiencia de la cláusula referente a “que la información transmitida se tratará como secreto en el Estado receptor de la misma manera que la conseguida bajo su ley interna” a efectos de suministrar información tributaria, de manera que sólo procedería a tal suministro cuando el Estado destinatario de la información tuviera leyes y prácticas administrativas comparables con las de Japón (“Intercambio de información y administración tributaria”, en *Seminario internacional...*, citado).

orales o vistas públicas y en sentencias judiciales. La novedad respecto a la Directiva comunitaria es que la información recibida podrá emplearse para otros propósitos e incluso transmitirse a terceros siempre que se realice conforme a la legislación nacional del Estado proveedor y éste lo consienta.

Finalmente el Acuerdo de Modelo OCDE sobre intercambio de información 2002, prevé que cualquier información que se reciba debe preservarse bajo confidencialidad. Estando su acceso y revelación limitado a personas o autoridades relacionadas con la liquidación o cobro de la deuda tributaria, la ejecución forzosa o la persecución o la resolución de los recursos de apelación de los impuestos cubiertos por el Acuerdo. La finalidad de la información es exclusivamente fiscal, únicamente revelable en vistas orales y sentencias judiciales. Cabiendo, por último, la posibilidad de trasmitirla a otra persona, autoridad o jurisdicción, siempre que exista consentimiento expreso y escrito.

En el caso de la legislación Española, el “deber de confidencialidad” y el “destinto restringido de la información intercambiada” se prevé en el artículo 95.1 de la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003), precepto donde se establece expresamente el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria; de manera que los informes, antecedentes o datos obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones están clasificados como de carácter reservado o secreto y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros.

No obstante ello, es importante destacar que la normativa española (artículo 95.1 LGT) excepciona un conjunto de supuestos en los cuales cabe que la Administración tributaria ceda dicha información. En esta materia es constatable cómo la nueva LGT (58/2003), amplía considerablemente el elenco de casos en los cuales puede transmitirse la información tributaria, pues en la anterior LGT (modificada por Ley 25/1995, de 20 julio) se preveían sólo cinco supuestos de cesión. A saber:

1. Investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.
2. Colaboración con otras Administraciones públicas.
3. Colaboración con la Tesorería General de la Seguridad Social.
4. Colaboración con otras Administraciones públicas para la lucha contra el fraude en la obtención de ayudas o subvenciones de la UE.
5. Colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación según lo previsto en las leyes.

Como decimos, la nueva LGT, amplía considerablemente el elenco de supuestos de cesión de la información con trascendencia tributaria, incorporando

así en el texto tributario, diversas modificaciones que, no obstante, se habían operado antes pero en las legislaciones específicas. A saber: colaboración con la seguridad Social (Ley 42/1997, de 14 de noviembre); colaboración con el Tribunal de Cuentas (Ley 66/1977, de 30 de diciembre); colaboración con los Jueces y Tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes (Ley 40/1008, del IRPF, en virtud de la cual se modifica el antiguo artículo 113 de la LGT, introduciéndose la letra h) etc.

Así pues, actualmente la administración tributaria cederá la información obtenida cuando tenga por objeto (art. 95.1 LGT):

a) La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

b) La colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.

c) La colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la cotización y recaudación de las cuotas del sistema de Seguridad Social, así como en la obtención y disfrute de prestaciones a cargo de dicho sistema.

d) La colaboración con las Administraciones públicas para la lucha contra el delito fiscal y contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos o de la Unión Europea.

e) La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.

f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal.

g) La colaboración con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

h) La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.

i) La colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, con la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y con la Secretaría de ambas Comisiones, en el ejercicio de sus funciones respectivas.

j) La colaboración con órganos o Entidades de Derecho público

encargados de la recaudación de recursos públicos no tributarios para la correcta identificación de los obligados al pago.

k) La colaboración con las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados.

De estos supuestos, es importante destacar la colaboración con jueces y tribunales. Fíjese que en virtud de la letra h) transcrita, la cesión sólo deberá producirse en los términos que siguen:

Para la ejecución de resoluciones judiciales firmes.

Además, la solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.

Para poder llevar a cabo tal requerimiento de información es necesario que se hayan agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes.

Fuera de estos casos - entiende la doctrina científica- que la Administración tributaria no está obligada a aportar datos a los Juzgados y Tribunales. Así pues, por ejemplo en el procedimiento probatorio del juicio, dado que el artículo 332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige de aportar la documentación clasificada legalmente como de carácter reservado, no procederá dicha cesión por parte de la Administración tributaria, criterio igualmente aplicable cuando la información se solicita indirectamente a través de la prueba testifical, mediante declaración, como testigo, del funcionario que la ha obtenido<sup>20</sup>.

En virtud del apartado 3 del mismo artículo 95, la Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado. Ordenando igualmente que, cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

#### 3.4. Restricciones al intercambio de información tributaria

El apartado segundo del artículo 26 del CDI hispano-brasileño prevé las restricciones o límites que no podrán rebasar las autoridades competentes en España y Brasil al realizar el intercambio de información tributaria. En concreto:

- Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado contratante;

<sup>20</sup> Cf. VALERO LOZANO, N. La cesión de información tributaria por la administración a Juzgados y Tribunales. *Quincena Fiscal*, n. 21, 2002.

- Transmitir informaciones que no se pueden obtener sobre la base de su legislación o práctica administrativa normal o de las del otro Estado contratante;
- Transmitir informaciones que revelen secretos comerciales, industriales, profesionales o de procedimientos comerciales o industriales, o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.

El primer límite consiste, por tanto, en que los Estados de España y Brasil no estarán obligados a suministrar información cuando para ello deban adoptar medidas administrativas contrarias a la legislación o práctica administrativa de cualquiera de ellos. Lo que significa que ni España ni Brasil estarán obligadas a suministrar los datos solicitados cuando para su obtención deban utilizar mecanismos, prácticas o realizar actuaciones no permitidas en alguno de ambos países.

Se trata de una “cláusula de mínimos” -como ha sido puesto de manifiesto por los autores que han tratado de la materia- que puede tener importantes consecuencias, pues si la estructura de los medios de información entre los dos Estados contratantes es muy diferente, las disposiciones de los apartados a) y b) del CDI España-Brasil sólo permitirán un intercambio de información muy limitado o tal vez nulo, como puede leerse en los comentarios al MC OCDE, lógicamente referido al artículo 26.2 de dicho MC.

El segundo límite previsto en el apartado segundo del artículo 26.2 del CDI hispano-brasileño igualmente participa de la cláusula de mínimos o como se le ha denominado (principio de reciprocidad: POVEDA, Victoriano; GUTIERREZ LOUSA, ...), en tanto que el Estado requerido no estará obligado a facilitar la información, bien si la legislación o práctica de su Estado o, bien del Estado peticionario no lo permiten.

Por ejemplo, España no estará obligada a transmitir información tributaria a Brasil que según su legislación o su práctica administrativa normal no pueda obtener, y lo que es más, aunque su legislación o práctica administrativa lo permita si la del Estado requirente (España) no lo autoriza, tampoco estará obligada a suministrar dicha información.

Respecto a la restricción prevista en el art. 26.2. b del CDI hispano-brasileña, fíjese que el párrafo dice expresamente sobre la base de su legislación o práctica administrativa “normal”, pudiendo plantearse la duda de qué debe entenderse por “normal”. En virtud de lo previsto en los comentarios al MC OCDE 1963, este término hace referencia a “las informaciones de que dispongan las autoridades fiscales o las que pueden obtenerse por aplicación del procedimiento normal de exacción del impuesto”. Según esta fuente no se considera normal aquellas prácticas administrativas que “exijan investigaciones especiales o un examen particular de la contabilidad del contribuyente o de

otras personas”<sup>21</sup>.

Esta sería pues la interpretación que, a nuestro juicio, debe otorgarse a la restricción prevista en el párrafo b) de la CII del CDI hispano-brasileño, pues fíjese que en los comentarios a la redacción del MC OCDE 1977, varía el criterio, pasando a considerarse “normal”, también las investigaciones especiales o aquéllas que requieran un examen particular de la contabilidad de los obligados tributarios.

La nueva Ley General Tributaria española, Ley 58/2003, en su artículo 141. c atribuye a la inspección tributaria la función de realizar las actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 93 y 94<sup>22</sup>.

El primero de ellos prevé –como es bien sabido– la obligación de los obligados tributarios de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria. La obtención de esta información por parte de la Administración tributaria podrá realizarse por captación o por suministro (MANTERO), toda vez que los obligados tributarios no podrán declinar la colaboración amparándose en el secreto bancario, en el bien entendido de que la investigación realizada podrá afectar al “origen y destino” de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago<sup>23</sup>.

Por su parte el artículo 94 de la misma LGT de España relaciona el conjunto de autoridades y órganos sometidos al deber de informar y colaborar con la administración tributaria española en el ejercicio de sus funciones. A saber: - las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las mutualidades de previsión social; las demás entidades pública...; - Los partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales; - Los juzgados y tribunales también deberán facilitar a la Administración tributaria, de oficio o a requerimiento de

<sup>21</sup> En definitiva, como pone de relieve DE LA VILLA, el término normal “debe estimarse como opuesto a “anormal o “excepcional”, pero falta un parámetro que determine hasta dónde llega lo normal y dónde empieza lo anormal, por ello, nuevamente debe darse entrada a criterios subjetivos de matiz personal y valorativo, contrario al establecimiento de una norma básica y objetiva que regulen tan importante materia. Citado por DE LA PEÑA /CASADO OLLERO, *ob. cit.*, p. 423.

<sup>22</sup> Vid. sobre estos aspectos, GONZÁLEZ, L. Alonso. *Información tributaria versus intimidad personal y secreto profesional*. Madrid: Tecnos, 1992; GRANDAL, A. Pita. La posición subjetiva pasiva en la información tributaria sobre terceros. In: *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, IEF-Marcial Pons, 1977; HERRERA MOLINA, P. *La potestad de información tributaria sobre terceros*. Madrid: ed. La Ley, 1993; MARTÍNEZ, L. *Los deberes de información tributaria*. Madrid: ed. Marcial Pons, 1992.

<sup>23</sup> Amén de las obras generales citadas *supra* puede verse: PITA GRANDAL y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J, La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)”, *Quincena Fiscal*, n. 1/2003; PERULLES MORENO, J. El secreto bancario en el ámbito tributario, *Impuestos*, n. 9, 1986; FALCÓN Y TELLA, R., El levantamiento del Secreto bancario frente a la Administración tributaria. *Revista La Ley*, n. 824.

la misma, cuantos datos con trascendencia tributaria se desprendan de las actuaciones judiciales de las que conozcan, respetando, en su caso, el secreto de las diligencias sumariales; - El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, así como la Secretaría de ambas Comisiones.

El tercer y último límite pone en conexión la obligación de los Estados firmantes de intercambiar la información con las normas internas especiales de los Estados, haciendo prevalecer estas últimas, bien sabido la carencia de obligación de incorporar disposiciones a los Convenios que restrinjan el alcance de tales normas internas especiales. En particular, el último apartado del artículo 26 del CDI hispano-brasileño exonera de “Transmitir informaciones que revelen secretos comerciales, industriales, profesionales o de procedimientos comerciales o industriales, o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público”.

Sobre este límite serían de poner de manifiesto, al menos las dos cuestiones siguientes. En primer lugar parece conveniente señalar que en los comentarios al MC OCDE se alude a que el Estado requerido no debe dar un significado excesivamente extenso al secreto so pena de imposibilitar el intercambio de información tributaria. Sin embargo y pese a ello, nada nuevo descubrimos al poner de manifiesto la cantidad de problemas planteados a causa del “secreto bancario” en aquellos países en que éste goza de protección constitucional en el Estado requerido.

De hecho, en la práctica uno de los principales obstáculos del intercambio de información, realizado al amparo de las cláusulas de intercambio de información según MC, ha sido la existencia de normas sobre secreto bancario<sup>24</sup>, lo que ha dificultado en gran medida el control sobre las rentas pasivas o inversiones transfronterizas (Cfr. Bibliografía citada).

En segundo lugar, es también de señalar la referencia citada al “Orden Público”, expresión de difícil concreción, que además deberá valorar el propio Estado al que se le requiere la información y que en virtud de los Comentarios al MC OCDE debe entenderse referido a los “intereses vitales del Estado al que se le ha requerido la información”.

Este posible conflicto de intereses entre la normativa especial interna de un país (por ej. el secreto comercial) y la obligación de aportar los datos por parte del Estado requerido, es actualmente un tema de gran expectación sobre todo respecto al control de los precios de transferencia de empresas multinacionales (según precios comparables). Así, en relación a la cuestión de si un Estado está obligado a suministrar información a otro Estado contratante, no ya de la persona investigada por el Estado requirente sino de un tercero (por ej. para la búsqueda de los precios comparables en precios de transferencia), el Comité de Asuntos Fiscales OCDE (par. 8. c, Comentarios

---

<sup>24</sup> Hecho que se intenta evitar con otros instrumentos jurídicos multilaterales que tratan de librar la oposición del secreto bancario, superponiendo la obligación de suministrar información a dicha norma (MC OCDE sobre intercambio información 2002, Directiva 2003/48/CE de 3 de junio sobre fiscalidad de los rendimientos del ahorro, ...).

al art. 26 MC OCDE 2000), se pronuncia en sentido positivo, lo que, como pone de manifiesto la doctrina, plantea problemas de diversa índole (CALDERÓN, “Spanish Transfer Pricing in the light of the Tax Courts Jurisprudence”, *Tax Notes International*, April, 2002). De hecho, en los propios Comentarios al MC OCDE ya se anota que en tal caso el intercambio de información podría ser difícil y delicado, particularmente a causa de las disposiciones de la letra c) del apartado 2 relativa a secretos industriales, comerciales y otros secretos<sup>25</sup>.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GONZÁLEZ, L. *Información tributaria versus intimidad personal y secreto profesional*. Madrid: Tecnos, 1992.

ANDRÉS AUCEJO, E. y MARCILLA IBAÑEZ, S. *About the new spanish special tax on real property belonging to non-resident entities*. IBFD Publications, *European Taxation*, n. 5, v. 37, 1997.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Cesión, intercambio y protección de la información tributaria y de los datos automatizados: la incidencia de la informática en el contribuyente*. RTT, n. 43/1998, p. 35-60.

BAKER. *Comentario de la Application Num. 30128/96*. *British Tax Review*, n. 4/2000.

BECKER. *Limits on Exchange of Information in connection with tax audit practice*. *Intertax*, n. 2, 1982.

BENASCONI, M. *Lo scambio d'informazioni nell'ambito della convenzione italo-swizzera e l'assistenza giudiziaria in caso di frode fiscale*. *Diritto e pratica tributaria*, 1984, p. 515-526.

BONHERT, D. *International mutual assistance through exchange of information in Germany*. *Intertax*, n. 6-7/1990, p. 303-311

CALDERÓN CARRERO, J. M. *Intercambio de información y Fraude Fiscal Internacional*. Madrid: Estudios Financieros, 2000.

CALDERÓN CARRERO, J. M. *El intercambio de información entre administraciones tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa. In: Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*. Madrid: IEF, 2002.

CALDERÓN CARRERO, J. M. *Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre administraciones tributarias*. *Crónica Tributaria*, n. 99, 2001.

CALDERÓN CARRERO, J. M. *Spanish transfer pricing in the light of the tax courts jurisprudence*. *Tax Notes International*, april, 2002.

<sup>25</sup> KEES VAN RAAD, *Materials on International & EC Tax*, ob., cit., p. 367.

- CARBAJO VASCO, D. *El intercambio de información en los convenios de doble imposición internacional*. Madrid: IEF, 1985.
- CAYÓN GALIARDO, A.. Los sujetos pasivos y la cooperación administrativa internacional en la gestión tributaria. In: Sujetos pasivos y responsables tributarios. Madrid: IEF, 1997, p. 769-787.
- COATES, P. *Simultaneous examinations and spontaneous exchanges of information*. *Taxes International*, n.56, junio/1984, p. 1209-1244.
- DE LA PEÑA V. y CASADO O. Régimen jurídico del intercambio de información tributaria. In: *Estudios sobre el convenio para evitar la doble imposición entre España y E.E.U.U.*, Gaceta Fiscal, 1991, p. 411 y ss.
- DELGADO PACHECO, A. El intercambio de información en el Modelo de Convenio de la OCDE de 1977. In: *Estudios sobre el Convenio para evitar la doble imposición entre España y E.E.U.U.*, Gaceta Fiscal, 1991, p. 388 y ss.
- DELMAS GONZÁLEZ, F. *Directiva del ahorro 2003/48/CE, de 3 de junio: ¿Un proceso finalizado?* *Tribuna Fiscal*, n. 170, dic. 2004.
- FLETCHER, A. *The Convention on Mutual Administrative Assistance on tax Matters*. *Harvard International Law Journal*, v. 30, n. 2.
- FURIA, F. *Appunti sulla collaborazione amministrativa internazionale per contrastare l'evasione fiscale*. *Boll. Trib.* 1984, p. 1484 y ss.
- GANGEMI B. *L'échange des informations dans le cadre de l'assistance administrative internationale* (Cahiers de Droit Fiscal International) vol. LXXV, IFA, ED. Klumer, Rotterdam, 1990, ponencia general.
- GARCÍA PRATS, A., *La asistencia mutua en materia de recaudación tributaria*, C.T., n. 101, 2001.
- GRAU RUIZ, A., *Avances propuestos en la asistencia mutua en materia de recaudación*, *Crónica Tributaria*, n. 94, 2000.
- GRAU RUIZ, A., *El convenio sobre Asistencia Mutua en asuntos fiscales: su trascendencia para el derecho fiscal internacional español*, CEF, N. 34/1997.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M. (Coordinación). *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF, Madrid, 2001.
- GUTTENTAG, J.H., *Exchange of Information under Tax Treaties*, BIFD num 2-3/1980, p. 72 y ss.
- HERRERA MOLINA, P. *La potestad de información tributaria sobre terceros*, ed. La Ley, 1993.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, *Los deberes de información tributaria*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 3. ed. Kluwer Law International, The

Netherlands, 1997.

KEES VAN RAAD. *Materials on Internacional & EC Tax*. 2001, Interational Tax Center Leiden.

LEAGUE OF NATIONS. *London and Mexico Model Tax Conventions: Commentary and text*. Doc. C. 88.M.1946, ILA(1946).

LUCAS DURÁN. *Datos tributarios: acceso y confidencialidad*. en *Derechos y Garantías del contribuyente*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1998.

M. CARROLL. *US Tax Treaties with the European Community Member Countries: Corporate Aspects*. Tax Management Inc, Washington, 1975.

MANTERO SÁENZ, A. *El procedimiento en la inspección tributaria*, editoriales de derecho reunidos, Madrid, 1990.

OCDE. *Exchange of information and counteracting international tax avoidance and evasion*. In *Tax Treaties*, 1997.

OCDE. *Access to bank information for tax purposes*, OECD, París, 2000.

OCDE. *Tax Informaton Exchange Between OECD Countries*. A survey of current practices. Paris. 1994.

OCDE. *Transfer Pricing Guidelines*. OECD, Paris, 1999.

Organisation for Economic Co-operation and Development, [www.oecd.org/document](http://www.oecd.org/document). Article 26 of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital.

PALAO TABOADA, C. *La potestad de obtención de información tributaria y sus límites*. CT núm. 45.

PALAO TABOADA, C. *L'échange des informations dans le cadre de l'assistance administrative internationale*. (Cahiers de Droit Fiscal Internacional) vol. LXXV, IFA, ED. Klumer, Rotterdam, 1990, informe nacional.

PERULLES MORENO, J. *El secreto bancario en el ámbito tributario*, Impuestos, n. 9, 1986.

PITA GRANDAL, A. *La posición subjetiva pasiva en la información tributaria sobre terceros*, en *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, IEF,-Marcial Pons, M. 1977.

PITA GRANDAL, A., y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. *La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)*. Quincena Fiscal, n. 1/2003.

ROSEMBUJ, T. *Intercambio internacional de información tributaria*, edicions Universitat de Barcelona, 2004.

SACCHETTO, C. *L'evoluzione della cooperazione internazionale fra le amministrazioni finanziarie statali in materia di IVA ed imposte dirette: scambio di informazioni e verifiche "incrociate" internazionali*. Boll. Trib. 6-7/1990, pp. 487 y ss, y 563 y ss.

SACCHETTO, C. *La colaboración internacional en material tributaria*, Boletín del IFI, n. 15, 1998.

SEEMAN, E.A. *Exchange of Information under International Tax Conventions*, International Lawyer, núm. 2/1983, pp. 333 y ss.

SERRANO ANTÓN, F. *La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las partnerships*. Documentos del IEF, N. 5/02.

SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (Coordinación). *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*. IEF, Madrid, 2002.

TAVEIRA TORRES, H. *Direito tributário internacional aplicado* (coordinador); São Paulo

UNITED NATIONS. *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*. United Nations, New York.

VALERO LOZANO, N. *La cesión de información tributaria por la administración a Juzgados y Tribunales*. Quincena Fiscal, n. 21, 2002.

VAN RAAD. *Interpretation and Application of Tax Treaties by Tax Courts*. European Taxation, n. 1/1996.

VOGEL, K. *Double Taxation Conventions*. 3. Ed. Ed. Kluwer, 1997. Paulo, Quartier Latin, 2003.





# INSTITUIÇÕES, TRABALHO E PESSOAS<sup>1</sup>

---

*Paulo Ferreira da Cunha<sup>2</sup>*

## RESUMO

Os especialistas em doenças terminais sabem que ninguém tem saudades, quando abandona a vida, do trabalho que não fez. Tem saudades sim do tempo que não passou com familiares e amigos. A sociedade contemporânea, e particularmente algumas instituições “totais”, estão a potenciar até um expoente demencial a exploração e a despersonalização dos trabalhadores, designadamente proletarianizando técnicos superiores e técnicos pensantes que, sem ócio criativo, deixarão de criar. É uma crise civilizacional, nada menos. E as universidades já são afectadas por este processo. O Direito e os Direitos Humanos não podem calar-se perante esta situação.

## Palavras-Chave

Trabalho. Direitos humanos.

## ABSTRACT

Experts in terminal illness know that no one misses, when he or she leaves the life, work not done. They really miss the time they didn't spent with family and friends. Contemporary society, and especially some 'total' institutions, are making their way to demencial depersonalization and exploitation of workers, particularly proletarianizing managers and thinking workers that, without creative leisure, no longer create. It is a crisis of civilization, nothing less. And the universities are already affected in this process. Law and human rights have a word to say on this.

## Key Words

Work. Human rights.

---

<sup>1</sup> Estudo em Homenagem póstuma a Aníbal de Almeida, que foi catedrático da nossa *Alma Mater* e de quem tivemos o privilégio de ser « colega » mais novo na Universidade Internacional.

<sup>2</sup> Catedrático e Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. E-mail: lusofilias@gmail.com

## 1. ENCRUZILHADAS

Falaremos das instituições não grandiosas, e de forma não monumental. Quem, hoje em dia, se refere a instituições, em ambiente ou registro jurídico, normalmente ou está a falar de institutos jurídicos, ou de macro- ou mega-institutos jurídicos, ou então, muitas vezes, das instituições do Estado, ou do próprio Estado *tout court*. Porém, há instituições mais próximas, mais quotidianas até (embora o Estado seja uma presença constante no tempo que passa: nessa sua sombra proteiforme que nos acompanha), quiçá menos “simbólicas”, cuja importância é vital, mesmo numa perspectiva de democraticidade da sociedade e do próprio Estado...

Há teorizações idílicas sobre as Instituições deste tipo. Certamente que alguns corporativismos, sobretudo os mais anacrónicos, as exaltaram como formas até de substituto das democracias representativas. Mas nos tempos que correm as micro-instituições, e mesmo estratos inferiores das macro-instituições, quiçá, atravessam um período difícil e nada épico. E, sobretudo, as pessoas, nelas inseridas, atravessam tempos deveras complicados.

É que cada vez mais se vai dando conta que há instituições que verdadeiramente trituram ou devoram os seus membros. Há casos em que todos os sacrifícios se lhes exigem, desde logo os da personalidade, das convicções, da família, da intimidade e ainda os do tempo. E o pior é que estamos numa época em que todas essas oferendas no altar de uma demência colectiva são tidas por naturais, e feitas voluntariamente. Gerações futuras podem mesmo não ter jamais tido notícia dos tempos em que as pessoas eram pessoas antes de serem isto ou aquilo, em dedicação realmente « exclusiva » e « integral »<sup>3</sup>.

Começa a ser muito preocupante que as novas gerações comecem a considerar simples « ossos do ofício » graves atropelos não só aos seus direitos próprios, como a regras de funcionamento institucionais minimamente participadas ou consensuais (já nem se reclama sequer que fossem « democráticas »). E pior : que não admitam que se possa viver noutra situação, com outras regras. Há excesso de conformismo, mesmo na juventude « escapista ». Tanto mais droga (química ou outra) quanto menos vidas significativas se têm : a começar pela escola e pelo trabalho. Para não falar sequer na família.

Não é por acaso que a super-ocupação laboral e suas implicações nefastas (de toda a ordem) ocupam um lugar de destaque na literatura dita de « auto-

<sup>3</sup> As memórias de Agatha Christie, logo no seu início, retratam o seu pai como uma pessoa interessante, afável (socialmente amada!) conversadora, que não trabalhava, ou em que isso não seria o importante. Independentemente da questão social obviamente implícita, há também um problema de civilização e de cultura da época, de que a autora se dá conta. No « seu tempo » as coisas já não eram assim. Hoje, a cultura é laboralista e quase só. A cultura consumista, de que tanto se fala (e que é negativa, naturalmente – por antinatural até), acaba por representar quase um milagre ante a superocupação laboral. Cf. CHRISTIE, Agatha - *An Autobiography*, 1977, trad. port. de Maria Helena Trigueiros, *Autobiografia*, Lisboa, Livros do Brasil, s.d., p. 13-14.

ajuda » e afim. Compreende-se que, num mundo em que as respostas políticas estão infelizmente depreciadas, um livro como *4 Horas por semana*<sup>4</sup> (propondo esse idílico horário de trabalho como possível e desejável) tenha estado nada menos que quarenta semanas nos *top 3* internacionais, com mais de meio milhão de leitores convertidos (conforme anuncia na capa da edição portuguesa).

Mesmo a sabedoria Zen se ocupa do problema nos nossos dias. Thich Nhat Hanh afirma, nomeadamente:

Se formos consumidos pelos nossos empregos não conseguimos parar de correr. (...) Quando é a nossa vida profissional que nos está a causar sofrimento, a nossa vida pessoal sofre também. Cargas de trabalho pesadas, prazos irrealistas, condições de trabalho difíceis, pressão constante, o receio de se ser despedido - tudo isto é causa de sofrimento no trabalho, que depois contamina o resto da nossa vida. E, ao que parece, ninguém nos pode ajudar. Mas as coisas não têm de se passar obrigatoriamente desta forma<sup>5</sup>.

Bela sabedoria, no diagnóstico e na esperança. Realmente, não é uma fatalidade a vida sem sentido que levamos. Evidentemente que, para mudar o ciclo infernal seria preciso ter, desde logo, uma outra perspectiva quanto à propriedade, e às aspirações de propriedade pessoais. Um livro do mesmo género (de cunho mais claramente feminino, mas adaptável, evidentemente) dá um conselho revolucionário, que mudaria o mundo e quiçá libertasse muitos da servidão:

Tout ce que possède une personne devrait pouvoir tenir dans un ou deux sacs de voyage : une garde-robe bien pensée, un vanity-case, un album de vos photos préférées, deux ou trois objets personnels. Le reste, c'est-à-dire tout ce que l'on peut trouver dans une maison (literie, vaisselle, télévision, meubles) ne devrait pas être considéré comme notre possession.

Adoptez un tel mode de vie et vous serez capable de vivre dans la paix et la sérénité. Vous obtiendrez quelque chose que peu de gens possèdent : la disponibilité.<sup>6</sup>

A mentalidade imperante, que é materialista, consumista, e acumuladora, prega uma partida mesmo aos não possidentes: mercê das pressões sociais e mediáticas, eles querem possuir. E, mesmo assim, também nos devemos interrogar: não ter resolve tudo? Os que não possuem, não parecem felizes com tal situação. Seria uma oportunidade para se « reeducarem » na perspectiva do consumo e das aspirações. Mas quiçá quem não tem, terá pouco em demasia (terá « muito de menos ») para poder dar-se ao luxo do « prescindir ». Círculo

<sup>4</sup> FERRISS, Timothy. *The 4-Hour Workweek*, 2007, trad. port. de Inês Castro, *4 Horas por Semana. Trabalhar menos, Produzir mais*. Lisboa: Casa das Letras, 2008.

<sup>5</sup> HANH, Thich Nhat. *The Art of Power*, trad. port. de Ariana Mascarenhas, *A Arte do Poder*. Lisboa: Presença, 2009, p. 14-15.

<sup>6</sup> LOREAU, Dominique. *L'Art de la Simplicité*. Paris: Laffont, 2005, p. 48.

vicioso.

O nosso tempo não tem tempo, e mesmo quanto o tem ele é ocupado pela « ocupação dos tempos livres », que também pode ser uma forma alienante e totalitária (ainda que subtil) de servidão<sup>7</sup>.

### 1.1. Totalitarismos

Voltemos às instituições. As instituições totalitárias (desde logo as políticas, e mais ainda se com cunho “transcendente” – nomeadamente as seitas religiosas ou afins) são organizações exímias em fazer das pessoas autómatos dóceis e contentes, desse contentamento que é quase (que é mesmo) *uma obrigação*. Porque, desde logo, lhes prometem a beatitude. Antigamente, no Além; hoje já aqui, e já agora... Numa primeira fase, pelo menos, a contrapartida à total despersonalização (ou a uma adesão muito acrítica) é o conforto « espiritual » (pelo menos, psicológico) e, em alguns casos, chegará mesmo a haver triunfos materiais, que os mais incrédulos, em que nos integramos, atribuirão ao aumento da autoestima e autoconfiança dos crentes. E certamente daí decorrerá mais trabalho, mais organização, mais perseverança, e quiçá mesmo mais sorte, atraída pela boa disposição e pela fé. Move montanhas<sup>8</sup>.

A tónica de múltiplos e confluentes esforços de muitos dos que detêm poderes vai no sentido de uma teorização de uma prática que alinham por uma ideia muito simples : a de que as demais vozes, as demais opiniões, e sobretudo os poderes que poderiam constituir freios e contrapesos seria « forças de bloqueio », impeditivas do grandioso rumo que levam as coisas sob a sua direcção. É (com vários matizes, bem entendido) o discurso da monocracia, contra toda a poliarquia. Sobre ele (ao que cremos) já se debruçara Aníbal Almeida, designadamente neste trecho eloquente:

(...) vão praticando a acção política com a intenção concentradora e centralizadora que leva ao conhecido ‘ódio à policracia’, preferindo haver-se com indivíduos isolados para melhor os sujeitar ; puro reflexo (condicionado...) ainda, também interamente livre e isento da sombra de uma qualquer reminiscência platónica ou plotínica, não obstante, não poucas vezes, se agir sob a invocação vã de uma « filosofia », nesse sentido rasteiro degradado em que empregam o termo « executivos » de sociedades comerciais e

<sup>7</sup> Essa inquietação já pode ver-se, *v.g.*, in SCHOELLGEN, Werner. *Konkrete Ethik*. Duesseldorf, Patmos, 1961, trad. cast. de Daniel Ruiz Bueno, *Ética Concreta*, Barcelona, Herder, 1964, p. 235 ss.

<sup>8</sup> A própria crença religiosa é louvada, com referências abonatórias do campo psiquiátrico pelo « guru » das relações humanas CARNEGIE, Dale. *How to stop worrying and start living*, trad. port. de Brenno Silveira. *Como Evitar Preocupações e Começar a Viver*. Porto: Livraria Civilização, 1990, máx. p. 194 ss. Contudo, os conselhos (por assim dizer lacizados ou laicizáveis) de Carnegie insistem numa fé pessoal, não numa mística organizacional.

## 1.2. Autoritarismo laboral

O mesmo não se passa exactamente, por exemplo, no seio de uma empresa gerida de forma tirânica e arbitrária – e não são, por esse mundo fora, tão poucas assim. Muito pelo contrário, a desumanização laboral está a alastrar<sup>10</sup>.

Como diz Eduardo Bittar:

Pressa, ansiedade, fim, metas, resultados, objetivos, tudo em nome do trabalho (...) Cegado pelo pragmatismo de efeitos produtivos, o homem se esgota em trabalho. O homem não é somente trabalho, mas foi reduzido à dimensão do trabalho e, por isso, se tornou unidimensional<sup>11</sup>.

Aliás, este modelo infernal, pela tendência muito generalizada no mundo contemporâneo para a privatização crescente de tudo o que é público, arrisca-se a pairar ameaçadoramente sobre as cabeças de todos. Permita-se-nos um exemplo que conhecemos bem : tal paira mesmo sobre os que, como os professores universitários, se prepararam precisamente para uma vida de estudo, reflexão, pesquisa, e para desprezarem o bulício da corrida pelo poder e pelo dinheiro. Serão uns desadaptados (no mínimo, e na melhor das hipóteses), certamente a breve trecho, se as perspectivas se confirmarem... E tudo indica que o deus Mamón (ou “o Milhão”) veio para ficar... com a necessidade de todos lutarem esgadanhadamente contra todos, porque todos virtualmente candidatos ao desemprego ou ao subemprego<sup>12</sup>. E, de qualquer forma, a uma degradação de estatuto. É uma degenerescência civilizacional fazer entrar na balança materialista da oferta e da procura certos estratos sociais (e certas instituições) que a sociedade tinha conseguido desprender das regras cegas e injustas do mercado tirano.

Mas, curiosamente, se a propriedade se privatiza, e assim também a

<sup>9</sup> ALMEIDA, Aníbal. *Estudos de Direito Tributário*. 2.<sup>a</sup> ed.. Coimbra: Almedina, 1999, p. 48, n. 4.

<sup>10</sup> Cf., v.g., o filme *J'ai très mal au travail, cet obscur objet de haine et de désir*, de Jean-Michel Carré, 2007. Um exemplo em língua portuguesa, em forma de comédia, mas tratando das questões sérias da compressão de efectivos no trabalho, despedimentos, etc., é a película (adaptação de um grande sucesso teatral) dirigida por Bruno Barreto, Caixa Dois, Brasil, 2007. O mote do filme é revelador: “Algumas pessoas têm o seu preço. Outras não valem nada”.

<sup>11</sup> BITTAR, Eduardo. Razão e Afeto, Justiça e Direitos Humanos: Dois Paralelos Cruzados para Mudança Paradigmática. Reflexões Frankfurtianas e a Revolução pelo Afeto. In: *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 58.

<sup>12</sup> E este facto ainda é agrinaldado de um discurso positivo. Talvez psicologicamente confortante para alguns. Mas mais que isso? Cf., v.g., WONG, Robert. *Se nunca foi demitido, um dia será*, in: *TAM, nas nuvens*, ano 2, n.º 15, Março de 2009, pp. 46-47: “Caso esteja na situação de demitido ou corre o risco de entrar nesse rol, ou mesmo que esteja empregado, aproveite este seu momento como uma bênção, pois ele pode ser o que você necessita para sair da zona de conforto, para ir atrás da sua vocação (que representa a voz interna, o chamado). Ao descobrir a sua vocação, o universo irá conspirar a seu favor e o levará a desvendar a sua verdadeira missão (...)” (p.47).

direcção e a gestão dos empreendimentos colectivos, pelo contrário o reduto de intimidade pessoal é arrancado à privacidade e passa a ser público. Escancaradamente público, por vezes. Assim se garantindo ainda maior tutela sobre os que não podem possuir meios de produção nem sequer significativos bens pessoais. Já dizia Leonardo Coimbra dessa tendência de descentramento, dispersão e falta de silêncio, paz, intimidade, posse do eu pelo próprio eu:

A vida moderna é de uma dispersão assustadora. A alma não se recolhe, vive em permanente exteriorização. Não há vida interior. Um vento de tempestade espalhou as almas e lançou a vida em vertiginosa corrida de ambição e loucura. O presente é um importuno a afastar-nos dum ambicionado futuro, fugindo sempre, como as miragens, diante dos nossos precipitados passos. O lar, o abrigo das ternuras reconfortantes, perdeu-se na vertigem da vida moderna, toda de ruído, ambição e desesperado movimento. (...) <sup>13</sup>

Ora a privação da intimidade é a negação das bases para a própria democracia. Como que *a contrario*, afirma lapidarmente Anthony Giddens que « A possibilidade da intimidade significa a promessa da democracia » <sup>14</sup>.

Numa empresa tirânica e arbitrariamente gerida (a tirania sempre envolve algo de arbítrio, e, pelo contrário, a luta contra o arbítrio sempre coenvolve alguma justiça – a luta pela justiça é obra de justiça), apenas o labor (e nem todo e nem sempre) é alívio. E é-o porque (e apenas quando) significativo pessoalmente para quem o exerce. É na relação « íntima » do trabalhador com o seu trabalho que ele encontra prazer. Quando tal não acontece, quando não há « amor » ao trabalho, « dedicação » ao trabalho, « orgulho » no trabalho, etc. – tudo formas muito pessoais de se relacionar com ele -, quando o trabalho é apenas algo de público e de gregário, de despersonalizante, de padronizado, não há tal prazer, não há qualquer satisfação. Por isso é que a situação qualificada como « efeito Mayo » fazia tolerar aos trabalhadores piores condições de trabalho pelo « preço » da atenção que lhes era reservada, encontrando-se eles em « observação » pelos primeiros especialistas de relações humanas, os primeiros sociólogos do trabalho <sup>15</sup>.

Nas empresas tirânicas, dizíamos, só o trabalho em si pode ser lenimento. As relações em todos os sentidos e direcções encontram-se, cedo ou tarde, inquinadas pelos sentimentos mais negativos. Muitos considerarão que os outros são « pessoas difíceis » <sup>16</sup>. Mas como não ser difícil em péssimas condições ? Só os santos ou os amorfos não o serão para alguém. Mas duvida-se que esses dois tipos resitam por

<sup>13</sup> COIMBRA, Leonardo. *Obras de ...*. Porto: Lello e Irmão, 1983, 2 vols., vol. I, p. 393.

<sup>14</sup> GIDDENS, Anthony. *The Transformation of Intimacy*, trad. port. de Magda Lopes. *A Transformação da Intimidade*. São Paulo: UNESP, 1993, p. 205.

<sup>15</sup> Cf., por todos, v.g., HESS, Rémi. *Sociologie d'intervention*, trad. port., *Sociologia de intervenção*, Porto: Rés, s/d.; FRANCÈS, Robert. *La satisfaction dans le travail et dans l'emploi*, trad. port., *A Satisfação no Trabalho e no Emprego*. Porto: Rés, 1983.

<sup>16</sup> Cf., v.g., BRINKMAN, Rick et al. *Dealing with Difficult People*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 2003.

muito tempo numa organização como as actuais, altamente selectivas e competitivas.

Uma empresa tirânica é, pois, um grande mal para os seus trabalhadores, por vezes também para os seus dirigentes, e quiçá para o(s) próprio(s) tirano(s) que a governam – isto é, desgovernam. Por isso é que toda a legislação laboral, e, mais ainda (porque mais justa e mais refinada) a legislação administrativa reguladora das relações laborais dos funcionários era, para mais com o princípio juslaboralista do *favor laboratoris*, um progresso para a Humanidade, uma forma de aliviar a sina negra de quem, tendo que alimentar-se e aos seus, é obrigado a vender a sua força de trabalho, contrato já em si mesmo leonino, mas pior: vendê-la em circunstâncias muitas vezes de humilhação, más condições de salubridade e segurança, assédios de toda a ordem, etc. E ainda desorganização, arbitrariedade, acepção de pessoas, e risco de falência ou afim, por culpa de descapitalização e má gestão. E tanto mais grave a questão se torna quanto mais de perto e mais directamente sente na pele o trabalhador as más condições e a injustiça. Ou quanto mais discernimento e consciência tenha para se aperceber de como quem manda, muitas vezes, não tem senão poder, sem competência, sem mérito. Felizmente nem sempre é assim, como é óbvio.

Não é necessário o exercício actual ou sequer real de um poder arbitrário. Não são precisas sequer medidas repressivas, ou injustas. O simples facto de elas poderem existir, o mero rumor de que estarão para vir, e a notícia de que, no passado, ou em lugares paralelos ocorreram – tanto basta para se instalar um clima de insegurança laboral e até de terror. Por isso é que a lei, a segurança associada a leis claras, é muito importante para garantir um sentimento de ordem e de estabilidade nos trabalhadores. A outro propósito escreveu Vasco Pulido Valente palavras que contudo se aplicariam aqui perfeitamente, sobre o terror :

O terror não vem do uso sistemático da força ou sequer da particular crueza da repressão. Vem sobretudo de não existir uma legalidade, ou sequer um simples conjunto de regras tácitas, mas fixas e compreensíveis, que definam os direitos e os deveres dos indivíduos e das instituições, e também da ausência de qualquer linha, mesmo ténue e até secreta, que separe os agentes da repressão das pessoas privadas<sup>17</sup>.

É o mesmo terror que pode existir nas organizações. E é claro que equivale à ausência de legislação a situação em que ela se não aplica, ou mesmo aquela outra em que a legislação seja uma selva confusa, contraditória, não se sabendo ao certo que regime se aplica, etc.

### 1.3. O “Impossível” Direito do Trabalho

O empregador ou o gestor devolvem as razões (as críticas, as respon-

<sup>17</sup> PULIDO VALENTE, Vasco. *Portugal. Ensaios de História e de Política*. Lisboa: Aletheia, 2009, p. 51.

sabilizações) aos trabalhadores: queixam-se do seu laxismo, da sua falta de preparação técnica, das reivindicações irrealistas, das dificuldades eternas dos mercados, das crises... As crises são factores álibi em muitos casos. E estamos agora sempre em crise.

Entre uns e outros, o Direito do Trabalho é quase direito impossível. Disse-se isso do Direito Constitucional, mas decerto (embora por outras razões) mais poderia dizer-se do Direito do Trabalho. Já um Michel Villey o considerava pouco jurídico, pois muito sujeito à conjuntura de poder, ora dos patrões, ora dos trabalhadores.

Não sabemos se estaremos a fazer das fraquezas forças: Mas não será precisamente por existir essa correlação de forças que o direito deve arbitrar e procurar *atribuir a cada um o que é seu?* Lembremos Lacordaire: “entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”<sup>18</sup>. Claro que esta “liberdade” de que aqui se fala é a libertinagem do mercado totalmente livre, anarquicamente livre. Porque a lei deve ser expressão da Liberdade, que não existe sem Justiça, e sem Igualdade bem entendidas.

O direito não pode ser um simples “mediador” (ou contemporizador) neste braço de ferro. É que ele não arbitra apenas, nas questões de trabalho, os interesses das duas partes em directa presença. Ele tem de curar, não só de ambas, como da sociedade em geral. E a justiça laboral não pode esquecer que tem de ser parte de uma geral Justiça Social.

Assim, cremos ser de toda a justeza que o Direito do Trabalho não assuma uma impossível posição irénica (nem ambígua<sup>19</sup>), mas claramente a defesa da parte mais fraca. Pelo que tem plena propriedade um conceito de Direito do Trabalho que em si englobe uma finalidade, uma teleologia, como faz, recentemente, por exemplo, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em termos muito claros:

A finalidade do Direito do Trabalho é estabelecer medidas protetoras ao trabalho, assegurando condições dignas de labor. Esse ramo do Direito apresenta disposições de natureza tutelar à parte economicamente mais fraca da relação jurídica, de forma a possibilitar uma melhoria das condições sociais do trabalhador<sup>20</sup>.

Na verdade, como justamente o mesmo autor explicou, em lição oral, trata-se da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana às relações laborais, e nem sequer de uma reivindicação anti-capitalista – como poderiam quiçá pensar os mais apressados. Se o trabalhador não possuir um mínimo de lazer, de poder aquisitivo, de férias, etc., se não tiver disponibilidade mental além de ser uma máquina de trabalhar, o capitalismo estará a dar um “tiro no

<sup>18</sup> LACORDAIRE, Henri. *45.e conférence de Notre-Dame: “Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit”*.

<sup>19</sup> Sobre essa ambiguidade, cf. CABRAL SILVA, Wanise. *As Fases e as Faces do Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LT, 2007.

<sup>20</sup> BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2009, p. 8.

pé”, porque o capitalismo precisa de consumidores. E se o trabalhador não for consumidor, o capitalismo estará abraços com uma crise<sup>21</sup>.

#### 1.4. A proposta educativa para as relações laborais

Durante o séc. XX, até quase ao seu termo, foi-se acreditando, em países em vias de desenvolvimento, que este panorama estaria a recuar. E que sobretudo recuaria mesmo sem qualquer alteração do regime de propriedade dos meios de produção por via da maior educação dos novos chefes, e mesmo dos herdeiros dos antigos proprietários de empresas. O interessante é que, sem prejuízo desse aumento de educação formal ter ocorrido, não se estavam a prever dois fenómenos:

a) o primeiro, era o abaixamento generalizado do nível educativo – apesar da acumulação de títulos e graus para as estatísticas, um pouco por toda a parte ; coisa com que parece sonhar o cidadão comum (para se « nobilitar ») e a que muitos responsáveis fecham os olhos;

b) e o segundo, pior ainda, é a falência da tese de um Denis Diderot sobre a educação – ao contrário do previsto pelo ilustre enciclopedista, a verdade é que as pessoas não se tornam melhores com mais instrução. Por vezes ela serve apenas para refinarem a sua maldade.

Já há quem se ufane da pretensa « falência do Estado » e da democracia na Educação: obviamente com o fito de carrear argumentos para o lucrativo negócio da educação privada. Há nisso alguma verdade, infelizmente: o Estado e a democracia demitiram-se em grande medida da função de educar (não tanto da de instruir), não faliram numa educação que não deram, nem quiseram verdadeiramente promover ou propiciar. Não educaram sobretudo civicamente, não formaram cidadãos. E daí deriva tudo o mais... É altamente preocupante a falta de disciplina (que é o nível elementar da possibilidade de convivência) nas escolas, o desprestígio que atinge os docentes (não por sua culpa), perante uma sociedade que ou ignora o que se passa nas suas escolas, ou a tudo assiste impávida, ou ainda (atçada por fazedores de opinião, ou ela própria já sem valores) atira pedras aos que a poderiam ainda salvar da barbárie.

#### 1.5. Invasão da empresa

Afinal de contas, o progresso, os estudos, as ciências da gestão e afins não fazem, na prática, muito mais que subtilizar a exploração ou mesmo agudizá-la por meios mais racionais: os métodos de recursos humanos, de técnicas de vendas agressivas, de interação empresarial acabam por ser, em muitos casos,

---

<sup>21</sup> Cf. *Idem*, na sua conferência *Direitos Sociais Trabalhistas e Reforma Constitucional: Cláusulas Pétreas e Limites do Poder Constituinte Derivado*, in VI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania, “Direitos Fundamentais e Poder Judiciário”, 25-27 de Março 2009, Londrina. Que esperamos venha muito em breve a ser editada.

terrorismos invasores da identidade e da privacidade dos empregados em muito semelhantes aos processos utilizados pela hiperideologização política ou sectária. Expressões – que são muito mais que simples palavras – como “cultura da empresa” ou “cultura da organização”, “espírito da empresa” ou da “organização”, “vestir a camisola”, “dar o litro” e outras do gênero são sinais de métodos de integração (e arregimentamento) dos trabalhadores muito semelhantes aos dos partidos fanáticos e das seitas proseliticas.

Confessamos lamentar esses probos professores e investigadores de ética empresarial, ética de gestão, ética de *marketing*, deontologias várias e afins, que acreditam realmente no que estão a fazer. Como pode hipocritamente o estudante aprender-lhes os conceitos e as teorias, e pô-los ao serviço, mais tarde, da sua mesma subversão? Pode, e está à vista.

Como afirma Edgar Morin:

O desenvolvimento económico não trouxe o desenvolvimento moral. A aplicação do cálculo, da cronometria, da hiperespecialização, da compartimentalização do trabalho nas empresas, nas administrações e finalmente em nossas vidas, acarretou muito frequentemente, a degradação das solidariedades, a burocratização generalizada, a perda de iniciativa, o medo da responsabilidade.<sup>22</sup>

#### 1.6. Breve balanço antropológico-civilizacional

Uma sociedade em que a liberdade, desde logo a liberdade física, da deslocação e do uso do tempo se encontra imensamente coactada pela imposição forçada de uma sobrevivência assalariada ou afim, que obriga não só à subordinação hierárquica as mais das vezes como ainda ao suportar da afronta, da ignomínia, da humilhação, e da incompetência e injustiça do mando, e em que os escapes alternativos sejam crenças salvíficas ideológicas e sectárias confiscadoras elas mesmas da liberdade, desde logo da liberdade de pensar e sonhar de forma diferente, é uma sociedade doente, se não mesmo uma sociedade perdida. Um Homem nestas condições adversas de existência é quiçá menos livre ainda que o Homem primitivo, lutando contra os elementos. Porque este era acochado pela natureza, enquanto agora é a cultura, ou uma pseudo-cultura, que o escraviza e mantém nas trevas. Mais penosa condenação.

No passado, evidentemente que houve terríveis situações de dependência, abuso, exploração... Mas o que choca mais agora é que, depois de se ter visto e objectivamente analisado o que era essas pérfidas situações, se tenha aparentemente esquecido que há saídas, que há alternativas. É o acomodamento que é mais assustador, hoje.

---

<sup>22</sup> MORIN, Edgar. *Se eu fosse candidato*. Disponível em: <http://edgarmorin.sescsp.org.br/arquivo/default.asp>. Consultado em 10 de Março de 2009.

## 2. ANÁLISE DE ALGUMAS VICISSITUDES INSTITUCIONAIS

### 2.1. Mudança nas instituições pelo factor pessoal

As instituições dependem mais do que a sua fachada deixa adivinhar de quem nelas está, num dado momento, e de quem nelas manda. Mudem os dirigentes de um clube (ainda que os sócios sejam os mesmos), de uma empresa, de um partido. Não é evidentemente uma diferente instituição que parece nascer? Em certo sentido se dirá que essa grande mutabilidade por via da mudança dos dirigentes é sinal de falta de solidez institucional. Uma grande instituição deveria ter no seu seio potenciais dirigentes tão equivalentes que a sua mudança nada alteraria? Não estamos certo disso. Talvez uma igreja muito antiga, ou um clube britânico seja passível dessa solidez de passagem do testemunho. Machado de Assis falaria da solidez das pirâmides do Egipto. Provavelmente outras instituições necessitam de mais permeabilidade à mudança, mesmo por via de renovação de direcções...

Nem sempre se tem dado conta que as instituições são, em cada momento, compostas por dadas pessoas. Que não são as mesmas sempre, se a instituição durar o suficiente para ser uma vera instituição e não o fogo-fátuo de uma estrutura efémera.

A ausência de certas pessoas-chave (que podem nem ser os respectivos dirigentes máximos), a sua incapacidade prolongada, ou mesmo a sua morte, podem afectar substancialmente a dinâmica de uma instituição. Assim como, evidentemente, a vinda de um novo elemento para a instituição.

Pode haver imagens de marca, prestígios, mesmo princípios (como, designadamente, em instituições ideologicamente marcadas: e pensamos imediatamente nos partidos políticos) que balizam o ser das respectivas instituições de forma aparentemente clara. Esses princípios podem ter consagração estatutária ou afim. Mas, se bem que possa haver alguma resistência das normas e das famas, da história e da memória, tanto internas como externas, a marca de quem, numa instituição, exerce realmente o poder é prevalecente. E com o tempo pode subverter as regras escritas e a fama adquirida, quer explicitamente mudando-as, quer meramente pelo exercício da sua acção a elas contrária.

Um caso extremo, como exemplo: Hitler não escreveu uma Constituição nova (uma constituição formal), mas mudou a Constituição real (a correlação de forças). Se por constituição material entendermos a alma juspolítica de um povo, dir-se-á que certamente não conseguiu mudá-la, porque focos de resistência e coerência permaneceram. Mas se por constituição material entendermos algo como o que *realmente vigora*, acima da constituição escrita aparentemente vigente (esta mero *law in the books*) então ele terá mudado a própria constituição material: *law in action* de algum modo.

O que se passa com países inteiros passa-se naturalmente com empresas, com organizações...

## 2.2. Mudança nas pessoas pelo factor institucional

A inversa situação (de mudança da pessoas pela sua inserção institucional) também é, evidentemente verdadeira. Os enquadramentos institucionais são normalmente muito aculturadores, desde logo.

Viemos ao mundo em princípio numa família, que é uma instituição, ou então fomos “institucionalizados” num orfanato ou afim. Pelos jardins infantis, pelas escolas, pelas eventuais ligações com instituições religiosas, mais tarde, tradicionalmente, pelo serviço militar obrigatório (então apenas para os homens) éramos sucessivamente aculturados. Para muitos, era esta última passagem a mais determinante. Para outros, houvera sido já a escola. Mas insensivelmente também as igrejas vão deixando marcas, sobretudo as mais totalizantes nas suas mensagens, e as mais culpabilizadoras.

E depois de tudo isto, há o grande salto da vida profissional. A vida profissional é *uma vida* – como se vê pela designação. Nos nossos dias de demência na aceleração e expansão laborais há pessoas que praticamente não têm outra vida que não essa... O que é não só imensamente empobrecedor para quem se vê assim privado de tanto na sua humanidade, como normalmente um inferno para colegas e um ultra-inferno para subalternos.

## 3. AS INSTITUIÇÕES E O HORROR VACUI

### 3.1. Gregarismo e Menoridade

Continuamos sem compreender o apego das pessoas às instituições em que mais directamente se enquadram (e algumas em que só indirectamente ou de forma mais distante: por exemplo, o amor à camisola dos adeptos dos clubes desportivos – típica identificação totémica, como a dos Bororos que se reviam nas araras). Não entendemos senão como uma necessidade gregária da espécie, em geral. E depois, há casos particulares. Mas o gregarismo, de que falam os etólogos, deve ser a razão mais geral e mais determinante, na base do sentimento e da atitude pró-institucional.

Pior atitude é quando essas instituições são autistas, ingratas, até hostis.

Acreditamos também que a alegação, a proclamação, do amor a uma instituição que maltrata, não premeia, castra... seja uma forma de os respectivos escravos (ainda que formalmente seja assalariados, ou outra coisa qualquer: hoje muitas empresas e mesmo entidades públicas querem ter ao serviço os potencialmente rebaixados e sem direitos “colaboradores”) justificarem o seu sacrifício não retribuído, de desculparem (magnânimos) as ofensas recebidas,

de transfigurarem ou sublimarem as afrontas, as humilhações, as decepções. Mal comparando, como uma mãe que perdoa reiteradamente um filho ingrato, abusador, petulante, torturador, até. Perdoa a mãe e continua a amá-lo: mais ainda, se possível, do que se esse filho fosse bom e mais ainda, se possível, do que se fosse correspondida. Parábola do filho pródigo?

Mas esta explicação, que no símile maternal já se arriscou demais, deverá ser substituída com vantagem por uma outra. A razão não pode ser, na verdade, masoquismo, ainda que doirado das melhores intenções, dos mais sublimes sentimentos.

Ora a razão que mais que todas consideramos plausível não é nada sublime e é até mais condenável. Acreditamos que o apego a instituições por aqueles que as servem, sem contrapartidas que se vejam, que sejam no mínimo justas, é, pelo contrário, sintoma de um enorme vazio interior e de uma grande falta de vontade (ou de força de vontade), imaginação e capacidade de orientação no Mundo de forma emancipada – evocaríamos Kant<sup>23</sup>.

Um dia, ouvimos a alguém que queria que a filha tivesse um determinado emprego (muito absorvente, muito exigente, muito consumidor de tempo e energias) porque, assim, a instituição “tomaria conta dela”. Todas as instituições tomam um pouco conta das pessoas. As instituições totais e totalitárias não lhes deixam vida.

Ora aqueles que não têm espírito e desenvoltura para seguir a sua vida com liberdade (e certamente em risco), precisam patologicamente das instituições. Claro que as instituições são boas, são positivas. Imagine-se o que seria de Portugal sem a Fundação Calouste Gulbenkian, ou a Cruz Vermelha. Ou, além disso, sem marca e com tantas marcas, sem a própria realidade institucional empresarial (hoje endeusada pelo que tem de epifenomenico; mas que é uma grande construção humana, tal como o Estado ou a Universidade – que também vivem crises profundas). Para não falarmos já das instituições propriamente políticas.

### 3.2. Orgulho profissional e aposentação

Um juiz é sempre juiz, por mais desventuras que tenha eventualmente tido a sua carreira judicial. Um general também é sempre um general, por muitas batalhas que haja perdido. Talvez por se encontrarem em topos de carreira que, tradicionalmente, com dificuldade comportariam humilhações de vulto e intrínsecas incompatibilidades com os rumos das respectivas instituições: forense e castrense. Além disso, a própria “passagem à reserva” é uma forma sábia de lidar com os eventuais problemas. Todos os empregos deveriam ter uma “passagem à reserva”. Isso pouparia mil problemas.

<sup>23</sup> KANT, Immanuel. *Was ist Aufklärung?*. ed. cast. *Qué es Ilustración?*, trad. de Agapito Maestre y José Romagosa, Madrid, Tecnos, 1988.

Não sabemos se o humilde funcionário de, por exemplo, uma Câmara municipal se orgulhará, na sua velhice, de ter sido honesto cantoneiro ou apurado amanuense, se sempre foi vexado, carregado de labores, alvo de chistes, e auferindo de salário pouco acima da miséria. E ainda sempre apontado como usufruindo de mordomias e como preguiçoso por essa mania hoje tão em voga de culpar todos os funcionários públicos pelos problemas e complexos do sector privado, e pela crise em geral. Como se ela não tivesse sido o resultado do exacerbar do espírito egoístico, só possível na desregulação de uma globalização parcial, sem a necessária componente política.

Quando reformados, funcionários às ordens, tanto públicos como privados, deve dizer-se, não sentem realmente nenhuma saudade do trabalho, e muito menos do emprego, nem se apresentam com os nomes das profissões respectivas. Só profissões que eram especialmente nobres, ou seja, particularmente livres, tendiam a fazer de si mesmas autênticos títulos nobiliárquicos. Sem dúvida que ser-se diplomata reformado, bispo emérito, general na reserva, ou juiz jubilado ainda são coisa que se veja.

Quando ser professor era ofício (quase) unanimemente prestigiado nas nossas sociedades ocidentais, ainda se falava (se escrevia mesmo, e até em capas dos respectivos livros) de “professor aposentado”, de “professor jubilado”, de “professor emérito”... Mesmo professores do ensino primário (que chegaram a ser uma instituição viva, prestigiadíssima, e com altíssimo mérito, aliás) se orgulhavam da sua antiga profissão, e, tal como alguns antigos militares (que não precisavam sequer de ser altas patentes) ainda a usavam antes do nome: “Professor X”, “Professora Y”, “Sargento A”, “Tenente Z”<sup>24</sup>...

#### 4. O FUTURO DA DEMOCRACIA E O PAPEL DAS CIÊNCIAS DA JUSTIÇA E DA RIQUEZA

Recordemos o início do filme *Horizonte perdido*, de Frank Capra (1937, USA): “In these days of wars and rumors of wars, haven’t you ever dreamed of a place where there was peace and security, where living was not a struggle but a lasting delight?”

Nem sequer é por esse lugar que os trabalhadores almejam. Não um país de cocanha, uma Shangri-la perdida que anima o sonho: mas apenas uma terra

---

<sup>24</sup> Hoje, é já quase tido por uma vergonha ser-se professor. Não pela ocupação em si, claro. Que cada dia se revela intrinsecamente mais nobre, porque a luta contra a ignorância se torna cada vez mais difícil e mais urgente. Não pelas atitudes dos professores, que são o que, contextualmente, podem ser. Talvez apenas com um ou outro caso de excesso, que os tem havido (muitos já fruto da deseducação anterior de que foram já vítimas, ou da « selecção ao invés » de que falava já Paulo Merêa : os processos reproduzem-se). A vergonha reside no ser difícil aguentar o clima geral de indiferença e até desprezo pelo estudo e pelo saber (e pela auctoritas que daí advém), e pela sanha social que se revela no contrariar, apoucar e destruir tudo aquilo que – como a própria existência dos professores – possa fazer lembrar a ignorância da massa. A qual, em si, é natural, e nada teria de estranho ou censurável não fosse o ufanar-se dela.

em que se possa legitimamente esperar colher amanhã o que hoje se semeou. E os empregadores fariam bem em pensar que nele seriam também felizes. E tal como eles os demais detentores de poderes, nas várias organizações humanas. Um grande problema, porém, é o da uniformização do mundo, da descaracterização de algumas instituições-oásis (desde logo, a Universidade) com base numa ideologia trituradora de diferenças e totalmente subordinada à lógica do lucro. E já começa quem deveria não pensar assim, a assim pensar.

Guy Débord, habitual iconoclasta, fazia um diagnóstico terrível: “ Pela primeira vez, os mesmos são os senhores de tudo o que se faz e de tudo o que se diz”<sup>25</sup>.

Cremos que exagera muito. Mas mesmo se tivesse razão, perguntar-se-ia ainda : Serão alguns senhores ainda de tudo o que se pensa ? Talvez, felizmente, apenas de quase tudo o que se apregoa pensar-se. Jamais, porém, um grupo ou um conjunto de pessoas pode ser dona ou controladora de tudo o que realmente se pensa. E menos ainda do que de importante se pensar.

O grande problema, independentemente do diagnóstico em causa, é que o que se pensa fora do que alguns consentem não existe, porque não é reproduzido pelas grandes máquinas mediáticas, máquinas de fazer e desfazer ideias, celebridades, reputações, « factos ».

Os grandes problemas das instituições e da democracia, hoje, são afinal dois : primeiro, a educação (sem ela, não há cidadãos esclarecidos e participativos) ; e depois (e antes), a comunicação (que é forma principal de educação ou deseducação, nos nossos dias, além de grande veículo de toda a informação e da própria realidade política). Sem cidadãos educados, cultos, críticos, e sem uma comunicação social preocupada com isso, isenta e rigorosa, a democracia pode ser apenas uma miragem ritualística, uma encenação, uma fórmula simplesmente técnica de escolha de dirigentes (ou de alguns dirigentes). Assim, encontrar-se-ia desprovida de alma, não tendo sequer verdadeiramente sentido. E entre o cidadão e os *media* está o lazer que estes têm que ter, não para filosofarem, mas para pensarem e participarem na Pólis.

O plebeu cansado (mesmo que seja um executivo muito bem pago) que se afunda num sofá depois de um dia extenuante, e sonâmbulo consome os enlatados televisivos, não passa, sabe-se, de um ser passivo, controlado. Não nos podemos queixar que não vote nas eleições. Alguns poderão até argumentar ser talvez preferível que não o faça... Como poderia este indivíduo, sugado pelo trabalho até ao tutano, ter tempo para se formar politicamente, e para esclarecidamente votar?

Quando se ouvem certos arautos de democracias muito directas, muito

---

<sup>25</sup> DÉBORD, Guy. *Panegyrique*, apud ZIEGLER, Jean. *Les nouveaux Maîtres du Monde*. Paris: Fayard, 2002, trad. port. de Magda Bigotte de Figueiredo, rev. de Filipe Rodrigues, *Os Novos Senhores do Mundo e os seus Opositores*. Lisboa: Terramar, 2003, p. 49.

participadas, sem que se proponha o que quer que seja na alteração da relação das pessoas com o trabalho, só pode pasmar-se. Como pode participar mais (e sobretudo como poderia obrigatoriamente participar mais) quem não pode sequer cultivar-se, informar-se, esclarecer-se ? Apenas os ditadores, os demagogos, lucrariam com mais participação, nestas condições. O seu maná seria a democracia electrónica, em que depois da intoxicação da sua propaganda os pseudo-cidadãos, robotizados, carregassem num botão.

Depois de termos sido pessoalmente adepto de referendos para algumas decisões de vulto (por exemplo, e sobretudo, para a Constituição Europeia), acabámos pessoalmente por mudar de ideias, ao analisar mais profunda e serenamente o que ocorre nos referendos. Consideramos que é uma grave confusão sobre a essência da democracia – que pode suceder a qualquer um - o que ocorre com os advogados de referendos. Em teoria, numa sociedade de anjos e de sábios, seria essa excelente forma de decisão. Quando não há educação política cabal (e mesmo educação *tout court* satisfatória), a instituição de referendos é um apelo não à razão, mas ao sentimento. E, em geral, o sentimento alinha pelo que de mais reaccionário há em cada um de nós. O que há de mais mesquinho, egoísta, primário. Por isso, em geral, as forças mais esclarecidas e idealistas não acreditam em referendos, e por isso os ditadores gostam de plebiscitos.

A confusão (sobre a democraticidade dos referendos) poderá dilucidar-se pelo contributo de um Jean Leca. Este agudo autor detectou na democracia duas componentes antitéticas: por um lado, a racionalidade do constitucionalismo, ligado ao Estado de Direito ; por outro, a paixão das massas, o populismo<sup>26</sup>. Ora a inclinação referendária não é senão a hiper-valorização deste segundo factor. E como diz Burdeau, citado numa obra também muito crítica para as democracias ditas directas e electrónicas : « é preciso evitar que se substitua à objectividade da ideia de direito constitucional a imprecisão dos movimentos de opinião, de expressões de humor tantas vezes momentâneas, em vez de reflexão »<sup>27</sup>.

Vamos sempre ter ao mesmo lugar, qualquer que seja o ponto de partida: a urgência de instituições para as pessoas, de cidadãos esclarecidos, e de um trabalho humanizado. Toda a funcionalização a metas abstractas, a exigências anti-pessoa, só pode contribuir para o regredir civilizacional que nos arriscamos a empreender, se não se inverter a lógica neoliberal (hoje neoliberal, mas no seu cerne, antes de mais, profundamente desumana) imperante nas mentalidades económicas, tornadas economicistas.

E a ciência, e em especial as ciências que tratam da justiça e da riqueza (ousemos dizer assim, *grossissimo modo*), como o Direito e a Economia, não podem encerrar-se nas suas altas torres de marfim de pretensa neutralidade epistemológica, quais ciências « puras ». Antes estão implicadas, e são parte no debate. Se não devem servir,

<sup>26</sup> LECA, Jean. *Tipos de Pluralismo e a Viabilidade da Democracia*, in: *Pluralismo, Espaço Social e Pesquisa*, org. de Elisa Reis et al., São Paulo: HUCITEC ANPOCS, 1995, p. 12 ss.

<sup>27</sup> BURDEAU, Georges, *apud* ALMEIDA SANTOS, António de. *Que Nova Ordem Mundial*, Lisboa: Campo da Comunicação, 2008, p. 54.

negando-se em rigor e abrangência, meros programas políticos, e menos ainda partidários ou sectários, a verdade é que não podem alhear-se das realidades das alternativas, naturalmente ideológicas e políticas, que se deparam à organização da sociedade, do Estado, das instituições. Não é um lugar cómodo, nem é uma tarefa simples, o dever de objectividade e o dever de estar em situação. Mas são deveres complementares<sup>28</sup>.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA SANTOS, António de. *Que nova ordem mundial*. Lisboa: Campo da Comunicação, 2008.

ALMEIDA, Aníbal. *Estudos de direito tributário*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2009.

BITTAR, Eduardo. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para mudança paradigmática. reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto. In: *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRINKMAN, Rick et al. Rick. *Dealing with Difficult People*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 2003.

CABRAL SILVA, Wanise. *As fases e as faces do direito do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2007.

CARNEGIE, Dale. *Como evitar preocupações e começar a viver*. Tradução de Brenno Silveira. Porto: Livraria Civilização, 1990.

COIMBRA, Leonardo. *Obras de ...*. Porto: Lello e Irmão, 1983.

ZIEGLER, Jean. *Les nouveaux Maîtres du Monde*. Paris: Fayard, 2002.

FERRISS, Timothy. *4 Horas por Semana. Trabalhar menos, produzir mais*. Tradução de Inês Castro. Lisboa: Casa das Letras, 2008.

GIDDENS, Anthony. *A Transformação da intimidade*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 2007.

HANH, Thich Nhat. *A arte do poder*. Tradução de Ariana Mascarenhas. Lisboa: Presença, 2009.

LOREAU, Dominique. *L'art de la simplicité*. Paris: Laffont, 2005.

SCHOELLGEN, Werner. *Ética concreta*. Tradução de Daniel Ruiz Bueno. Barcelona: Herder, 1964.

<sup>28</sup> Afigura-se-nos perpassar idêntica preocupação, *v.g.*, em considerações preliminares à sociologia jurídica de um MIRANDA ROSA, F. A. de. *Sociologia do Direito. O Fenômeno Jurídico como Fato Social*. 13.<sup>a</sup> ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 25-30.







**Gráfica e Editora LCR Ltda**  
Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844  
Bairro: Dionísio Torres  
Fortaleza - Ceará