

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 4 | Número 6 | Janeiro/Junho 2012

ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Pidese canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

R454
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito
Constitucional / Academia Brasileira de Direito Constitucional. –
n.6 (Jan./Jun. 2012)- . – Curitiba : ABDC, 2009-
v.

Semestral.
Endereço eletrônica: <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>
ISSN: 2177-8256.

1. Direito. I. Academia Brasileira de Direito Constitucional

CDU 34
CDD 340

Catálogo na Fonte
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo CRB 9/1562

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA
DA ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:
Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: ilton@abdconst.com.br.

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Professor Substituto da UFPR, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR, Vice-Presidente do Centro de Estudos Jurídicos da Pós-Graduação em Direito da UFPR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Editor Assistente

Rafael dos Santos Pinto

Graduado em Direito pela UNESP, Mestrando pela UFPR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC

António José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR

Fábio Nusdeo

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP

Marco Aurélio Marrafon

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR

Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF

Editoração

Karla Kariny Knih

Pareceristas deste número da Revista do ABDConst

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco	Daniela Rezende Oliveira	Gustavo Rabay Guerra
Aldo Muro Júnior	Delmo Mattos da Silva	Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	Demetrius Nichele Macei	Heder Carlos de Oliveira
Alexandre Hamilton Oliveira Santos	Eduardo Biacchi Gomes	Heitor de Carvalho Pagliaro
Alexandre Moraes da Rosa	Eduardo Molan Gaban	Henrique Napoleão Alves
Alvaro Borges de Oliveira	Eleonora Mesquita Ceia	Henry Atique
Alvaro de Oliveira Azevedo Neto	Eliana Franco Neme	Jackelline Fraga Pessanha
Angela Issa Haonat	Eliana Franco Neme	Jacqueline de Souza Gomes
Ângela Maria Cavalcanti Ramalho	Eloi Martins Senhoras	Janaína Machado Sturza
Antonio Baptista Gonçalves	Emerson Gabardo	Jean Carlos Dias
Antonio Celso Baeta Minhoto	Emilio Peluso Neder Meyer	Jorge Jose Lawand
Antonio Gomes Moreira Maués	Érico Hack	José Carlos Buzanello
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall	Eroulths Cortiano Júnior	José Francisco de Assis Dias
Carlos Bolonha	Evertton das Neves Gonçalves	José Luiz Ragazzi
Carlos Victor Nascimento dos Santos	Fabianne Manhães Maciel	José Renato Martins
Célia Barbosa Abreu	Fabício de Assis Campos Vieira	Josemar Sidinei Soares
Claudio Gonçalves Munhoz	Fabício Ricardo de Limas Tomio	Juliana Cordeiro Schneider
Claudio Smirne Diniz	Fausto Santos de Moraes	Julio Pinheiro Faro
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira	Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior	Jussara Maria Leal de Meirelles
	Germano André Doederlein Schwartz	Katiucia Boina
	Gustavo Almeida Paolinelli de Castro	Leonardo Vieira Wandelli
		Lilian Márcia Balmant Emerique
		Lucas Abreu Barroso

Lucas Catib de Laurentiis
Lucas Gonçalves da Silva
Luciana Costa Poli
Luciana Fernandes Berlini
Luciene Dal Ri
Luis Fernando Sgarbossa
Luiz Claudio Araújo Coelho
Luiz Eduardo Anesclar
Luiz Ricardo Guimaraes
Maraluce Maria Custodio
Marcelo Lamy
Marcelo Sant Anna Vieira Gmes
Márcia Jucá Teixeira Diniz
Márcio Pugliesi
Marco Aurélio Marrafon
Marcos Alves da Silva
Marcos Augusto Maliska
Marcos Catalan
Marcus Firmino Santiago
Margareth Anne Leister

Margareth Vetis Zaganelli
Mário Ferreira Neto
Martinho Martins Botelho
Mateus de Oliveira Fornasier
Micheli Pereira
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
Monica Bonetti Couto
Mônica Helena Harrich Silva Goulart
Murilo Melo Vale
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi
Nina Tricia Disconzi Rodrigues
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sérgio da Silva
Rafael Silveira e Silva
Ricardo Aronne
Ricardo Carneiro Neves Júnior
Rodrigo Fortunato Goulart

Ronaldo Lindimar José Marton
Samantha Ribeiro Meyer Pflug
Sandra Sereide Ferreira da Silva
Sebastião Neto Ribeiro Guedes
Simone Tassinari Cardoso
Sonia Barroso Brandão Soares
Sulamita Crespo Carrilho Machado
Tiago Resende Botelho
Túlio Lima Vianna
Túlio Lima Vianna
Valéria Cristina Pereira Furlan
Valéria Silva Galdino Cardin
Vanessa Oliveira Batista Berner

EDITORIAL

A Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista eletrônica da ABDCConst lança seu sexto número, seguindo assim sua proposta de veicular os principais e mais instigantes temas que dominam o estudo do Direito em nosso país.

Nesta edição reunimos trabalhos com três vertentes diferentes. A primeira perspectiva é composta de artigos que analisam os instrumentos e mecanismos constitucionais sob novos pontos de vista. Aqui destacamos os artigos sobre medidas provisórias, conflito entre coisa julgada tributária e controle constitucional concentrado e reclamação constitucional.

A segunda vertente corresponde a excelentes textos que se voltam para complexos assuntos de direito material, igualmente sob ótica inovadora. Aqui temos trabalhos sobre competência tributária, celeridade da justiça e cerceamento de defesa, juízo de censura penal e princípios da irrenunciabilidade, primazia da realidade e continuidade.

O eixo final é de particular interesse neste momento de reivindicações sociais e discussão sobre reformas políticas. Neste último grupo há artigos cujos temas dialogam sobre participação popular, democracia e eleições. Os assuntos específicos tratados são: mecanismos de democracia direta e movimentos sociais, representação e participação política, judicialização da política e um estudo sobre as eleições primárias na Argentina, pelo prof. Carlos Luque.

Seguimos o projeto editorial, assim, com a esperança de fomentar o debate não só na comunidade acadêmica, mas em toda a sociedade, para que os clamores de mudança social e política consigam ser traduzidos em estruturas constitucionais democráticas e efetivas que possam assegurar os direitos fundamentais.

Ilton Norberto Robl Filho

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Rafael dos Santos Pinto

*Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

NOTES ON THE CHARACTERISTICS OF THE POWER OF TAXATION IN BRAZIL

Maurício Dalri Timm do Valle7

O PAPEL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO BRASILEIRO

THE ROLE OF EXECUTIVE MEASURES IN BRAZILIAN COALITION PRESIDENTIALISM

Rene Sampar32

JUÍZO DE CENSURA PENAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA

CRIMINAL CENSORSHIP RULING AND SYSTEM SELECTIVITY

Daryane Louise Goedert Onesco50

OS MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRETA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O APERFEIÇOAMENTO DA CULTURA POLÍTICA

THE MECHANISMS OF DIRECT DEMOCRACY AND SOCIAL MOVEMENTS: NOTES OVER THE PERFECTING OF POLITICAL CULTURE

João Paulo Ocke de Freitas75

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL REDRESS

Vivian Zaroni100

PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE, DA PRIMAZIA DA REALIDADE E DA CONTINUIDADE SOB UMA NOVA PERSPECTIVA

PRINCIPLES OF NON-WAIVER, THE PRIORITY OF REALITY AND CONTINUITY IN A NEW PERSPECTIVE

Daniel Gemignani129

O CONFLITO ENTRE A COISA JULGADA TRIBUTÁRIA E OS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

THE CONFLICT OF FINAL SENTENCES IN TAX LAW AND THE EFFECTS OF CONCENTRATED CONSTITUTIONAL CONTROL

Alexandre Cesar Malheiros158

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA

JUDICIAL POLITICS AND DEMOCRACY

Vanessa Porto Alves186

A BUSCA PELA CELERIDADE DA JUSTIÇA E O POSSÍVEL CERCEAMENTO DE DEFESA: UM ESTUDO SOBRE A PEC Nº 15 DE 2011

THE SEARCH FOR A SPEEDY TRIAL AND POSSIBLE OBSTACLES TO THE RIGHT OF DEFENCE: A STUDY ON THE PEC N. 15 OF 2011

Danilo Candido Portero/ Karlo Messa Vettorazzi217

REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: AS ELEIÇÕES PRIMÁRIAS NA REPÚBLICA ARGENTINA

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA: LAS ELECCIONES PRIMARIAS EN ARGENTINA

Prof. Dr. Carlos D. Luque237

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS248



CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL¹

NOTES ON THE CHARACTERISTICS OF THE POWER OF TAXATION IN BRAZIL

Maurício Dalri Timm do Valle²

Resumo

O sistema tributário brasileiro é eminentemente constitucional. Mas qual seria a razão para tanta preocupação do Legislador Constitucional com o sistema tributário, a ponto de praticamente esgotá-lo já na Constituição, em certa medida, tolhendo a atuação do legislador ordinário? Estudar competência tributária é debruçar-se sobre o direito positivo em movimento, sobre seus processos de produção e aplicação. Após a exposição dos numerosos entendimentos doutrinários acerca das características da competência tributária, concluímos, ainda, que a competência tributária ostenta as características da irrenunciabilidade, incaducabilidade, indelegabilidade e facultatividade, não sendo privativa e, menos ainda, inalterável.

Palavras-chave: Sistema tributário; Competência tributária; Características.

Abstract

The Brazilian tax system is eminently constitutional. But what would be the reason for such concern of the Constitutional Legislator with the tax system, to the point of virtually exhausting it in the Constitution, and to some extent, hindering the performance of the ordinary legislator? To study the power of taxation is to go over "law in motion" and its production and application. After exposing the numerous doctrinal understandings about the characteristics of the power of taxation, we conclude that the taxation authority also bears the characteristics of non-waiver, non-prescription, non-delegate and facultative, not being private or much less unchangeable.

¹ Trabalho submetido em 12/03/2013, pareceres finalizados em 25/06/2013 e 01/07/2013, aprovação comunicada em 09/06/2013.

² Mestre e Doutorando em Direito do Estado – Direito Tributário – pela UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Bacharel em Direito pela UFPR. Professor de Direito Tributário e de Direito Processual Tributário do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professor-Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário e Processual Tributário e do Curso de Especialização em Direito Aduaneiro, ambos do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Associado à Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito - ABRAFI. Membro do Grupo de Pesquisa em "Fundamentos do Direito", orientado pelo Professor Doutor Cesar Antônio Serbena e do Grupo de Pesquisa em "Direito Tributário Empresarial", orientado pelo Professor Doutor José Roberto Vieira, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Advogado e consultor tributário. *E-mail:* <mauricio_do_valle@hotmail.com>.



Keywords: Tax system; Taxation powers; Defining characters.

INTRODUÇÃO

O sistema tributário brasileiro é eminentemente constitucional. Melhor explicando: o constituinte praticamente esgotou as questões referentes à tributação, pouco deixando para o legislador ordinário. Tão vasto foi o tratamento dispensado pelo Legislador Constitucional que, Geraldo Ataliba (1968, p. 21) assim se manifestou:

O sistema constitucional tributário brasileiro é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso. Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçãoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo.

Mas qual seria a razão para tanta preocupação do Legislador Constitucional com o sistema tributário, a ponto de praticamente esgotá-lo já na Constituição, em certa medida, tolhendo a atuação do legislador ordinário? A explicação é dada por José Roberto Viera (1993, p. 41), quando afirma que “[...] **a ação de tributar implica aquela tensão entre a competência do Estado e dois direitos humanos fundamentais: a liberdade e a propriedade**, constitucionalmente amparados, razão pela qual é apropriado que a disciplina da tributação seja eminentemente constitucional [...]”³.

Pois bem. O Legislador Constitucional denominou a Seção II do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal de 1988 como “*Das limitações do poder de tributar*”. Mostra José Roberto Vieira (1993) que a doutrina estrangeira e a nacional – a exemplo de Geraldo Ataliba (1969, p. 91, 92, 232-234) – denominavam a possibilidade de instituir e de exigir tributos como um *poder*, ligado diretamente à soberania do Estado. E que, em contraposição a esse entendimento, formou-se doutrina que apartava o exame do poder tributário da ideia de soberania. José Souto Maior Borges (2001, p. 29), por exemplo, afirma que enfocar o tema da “[...]”

³ Em outra passagem confirma esse posicionamento: **Medidas provisórias em matéria tributária: as catilínarias brasileiras**. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1999, p. 46.



tributação sob o prisma da soberania [...] introduz nessa matéria todas as dificuldades que revestem a elaboração do conceito de soberania”.

Mas mesmo dissociado da ideia de soberania, a noção de *poder tributário* continuava imprecisa. Algo inaceitável dentro de um discurso que se pretendia científico. O professor da UFPR alerta para o fato de que a “[...] heterogeneidade da expressão ‘poder’ tributário aponta para a atitude cientificamente condenável – pela inexatidão manifesta – de admitir a convivência de diferentes funções e competências dentro da mesma categoria conceptual [...]” (VIEIRA, 2005, p. 610-618) e, seguindo os passos de Renato Alessi (1965), Gian Antonio Micheli (1975) e Antonio Berliani (1964), debruça-se sobre o *poder tributário* a fim de melhor descrever os diversos significados que lhe foram atribuídos pela doutrina (Vide VIEIRA, 2005, p. 615).

Explana José Roberto Vieira que Renato Alessi separou o poder tributário em potestade tributária primária e em potestade tributária complementar. A primeira referia-se à ação de editar normas jurídicas com o escopo de estabelecer tributos, enquanto a segunda se ligava à aplicação da norma que os instituiu, o que demonstrava seu caráter administrativo. Continua, expondo que coube a Gian Antonio Micheli desenvolver a distinção, separando o poder tributário em Potestade Normativa Tributária – que nada mais era do que a possibilidade de o Estado legislar, em matéria tributária, criando e regulando as prestações com essa índole – de um lado, e em Potestade de Imposição – aplicação pelo Estado das normas anteriormente criadas, a fim de alcançar a prestação tributária, atividade caracteristicamente administrativa – de outro. Mencionou, ainda, Antonio Berliani, para quem Potestade tributária referia-se à atividade legislativa, e *Potestade* regulamentar da administração pública em matéria tributária, por sua vez, aludia à atividade administrativa; e, por fim, trouxe à baila o entendimento de Albert Hensel, que se valia da expressão Poder tributário para se referir à possibilidade de abstratamente criar o tributo, e de Competência para a atividade administrativa destinada a ver satisfeita a exigência. Inegavelmente, José Roberto Vieira demonstrou o que, em suas próprias palavras, chama de “[...] grande variação terminológica [...]” que experimenta o tema (ALESSI, 1965, p. 29; MICHELI, 1975, p. 141-142 e 167-168; BERLIANI, 1964, p. 177; HENSEL *apud* FONROUGE, 2005, p. 616-618).



Mas existe um *Poder tributário*? Como bem defendem Roque Antônio Carrazza e José Roberto Vieira é equivocada a menção a um poder tributário cujos titulares seriam as pessoas políticas União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CARRAZZA, 2007, p. 481-482; CARRAZZA, 2005, p. 27; VIEIRA, 2005, p. 620). Dotada de *poder* – fosse ele de qualquer espécie, inclusive tributário – estava a Assembleia Nacional Constituinte, que, por lançar a pedra fundamental do edifício jurídico brasileiro – a Constituição Federal de 1988 – gozava de ampla liberdade para estabelecer as prescrições primeiras do ordenamento jurídico, como ensinou o saudoso Alfredo Augusto Becker (2007, p. 286).

Esgotado o exercício do mencionado poder, o que restou foram suas parcelas. Às parcelas desse “poder tributário”, distribuída entre as pessoas políticas, dá-se o nome de *competência tributária* (BECKER, 2007, p. 286-287 e 290; BORGES, 2001, p. 30; CARVALHO, 2007, p. 236).

1 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Estudar competência tributária é debruçar-se sobre o direito positivo em movimento, sobre seus processos de produção e aplicação, aos quais Hans Kelsen chamou de *dinâmica jurídica*⁴.

A competência tributária é usualmente conceituada pela doutrina como a aptidão ou faculdade para *criar* abstratamente o tributo; observando-se o procedimento previsto na Constituição para tanto (CARRAZZA, 2005, p. 28-29;

⁴ “...podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve-se, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo é, por sua vez, regulado pelo Direito. É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação de leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo das normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito” (KELSEN, 2006, p. 79-80).



CARVALHO, 1981, p. 22; AMARO, 2006, p. 93; BOTTALLO, 2009, p. 18). Trata-se de norma de estrutura dirigida ao legislador, cujo modal deôntico é o permitido, para que institua, por meio de lei, geralmente ordinária, abstratamente, o tributo. Permite-se ao legislador que institua uma obrigação – espécie de modal deôntico (CARRAZZA, 2007, p. 481-483; VIEIRA, 2005, p. 639)⁵.

Cabe, aqui, entretanto, lançar um questionamento: a competência tributária é a aptidão para que o legislador infraconstitucional crie, em abstrato, o tributo, ou apenas institua o tributo, completando a sua regra-matriz de incidência, a partir dos elementos indispensáveis já presentes no texto Constitucional?

A esmagadora maioria da doutrina sustenta que a competência tributária é, a exemplo do que sustenta Roque Antonio Carrazza, “[...] *lógica e cronologicamente anterior ao nascimento do tributo*”, sendo que ele seria um *posterius* e aquela um *prius*; e, ainda, que a Constituição Federal não cria tributos, limitando-se a distribuir competências entre as pessoas políticas para que elas o façam⁶.

Havia, até há pouco tempo, uma única voz, forte é bem verdade, mas ainda assim única, que, baseada em premissa bem delimitada, sustentava que a Constituição cria, ela mesma, o tributo. Seu dono é José Souto Maior Borges, que, enfrentado não um nem dois, mas praticamente todos os grandes estudiosos do Direito Tributário – à exceção de Aires Fernandino Barreto que posteriormente aderiu às suas lições, – defendeu corajosamente sua tese, afirmando que a premissa da qual partiam os que advogavam a tese de que a Constituição não cria tributos, apenas outorgando competências para que as pessoas políticas o fizessem, “[...] não passa de mais um dos fundamentos que, de tão triviais, dispensam o indispensável, ou seja, o esforço de explicitação; fundamentos óbvios dos quais é desgraçadamente tão fértil quanto equivocada a doutrina do direito tributário” (BORGES, 2004, p. 5; BORGES, 1977, p. 64)⁷. São essas as palavras de José

⁵ Sobre os modais deônticos dedicaremos espaço significativo por ocasião do estudo da norma jurídica.

⁶ Quanto à antecedência lógica da competência tributária, vide, Carrazza, 2007, p. 485-486; Carrazza, 2005, p. 29. No mesmo sentido: Carvalho, 1981, p. 16; Quanto a não criação do tributo pela Constituição, vide, Carrazza, 2007, p. 490; Amaro, 2006, p. 99; Elali, 2006, p. 34.

⁷ Em relação ao posicionamento de Aires Fernandino Barreto, que acompanha o de José Souto Maior Borges vide, **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais** (1998, p. 33-35). Mas



Souto Maior Borges (1975, p. 4), em tese apresentada ao II Congresso Interamericano de Direito Tributário:

[...] no *iter* jurídico, no processo de estruturação, entre o momento da outorga constitucional da competência tributária e o da criação do tributo pela lei tributária material da pessoa política competente. [...] A visão separatista ante a outorga constitucional de competência tributária e a criação do tributo em lei ordinária é essencialmente uma visão *estática* de um fenômeno que somente pode ser adequadamente estudado à luz de uma perspectiva *dinâmica*. [...] A Constituição, ao fazer referência ao *nomem juris* dos tributos, ao repartir ou partilhar a competência tributária – parcela que é esta do poder de tributar –, não outorga às entidades competentes um simples rótulo, desprovido de sentido e significação, mero *flatus vocis*, carecedor de ingredientes substanciais. Se o tivesse feito, não haveria como compatibilizar o critério tido como apenas nominalisticamente discriminatório como um dos alicerces ou fundamentos basilares e cardeais do sistema constitucional tributário, que é constituído pelo *princípio da rigidez*.

Posteriormente, baseando-se nas lições de Hans Kelsen, concluiu José Souto Maior Borges (1977, p. 65) que toda norma jurídica é, concomitantemente, ato de criação e de aplicação (execução) do direito. Hans Kelsen, ao tratar da criação, aplicação e observância do Direito, ensina que a aplicação da norma que estabelece o processo de produção de outra norma ocorre quando esta última é produzida, afirmando ser a distinção entre os “[...] atos de criação e ato de aplicação do Direito [...]” um equívoco, a não ser quando estivermos diante dos casos-limite – “[...] a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo [...]” – nos quais haverá tão somente produção do Direito e sua aplicação, respectivamente. Em suas palavras: “[...] todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito”⁸.

nem sempre foi esse o pensamento de Aires Fernandino Barreto. Em seu **ISS na Constituição e na Lei**, Aires Fernandino Barreto parece filiar-se à corrente criticada por José Souto Maior Borges (2005, p. 25-26). A aderência à tese oposta à defendida por José Souto Maior Borges fica ainda mais clara por ocasião da leitura do recente **Curso de direito tributário municipal**, de autoria de Aires Fernandino Barreto (2009, p. 10 *et seq.*).

⁸ Hans Kelsen (2006, p. 260-262) afirma que “...a norma fundamental determina, de fato, a criação da Constituição, sem que ela própria seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. Somente a execução do ato coercitivo estatuído por estas normas individuais – o último ato do processo de produção jurídica – se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma. A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma [...] E há um ato de



Semelhantes são as lições de Norberto Bobbio (2001, p. 51), para quem “Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e da fase de grau mais baixo”. O direito positivo, como visto, é uma ordem hierarquicamente escalonada, em cujo ápice se encontra a norma hipotética fundamental, de caráter geral. Por meio do denominado *processo de concreção das normas*, as normas de inferior hierarquia aplicam a norma que lhe é superior, criando outras normas de caráter mais específico. Segundo José Souto Maior Borges (1977, p. 65; 2004, p. 6-7), criar o Direito é progressivamente estabelecer normas mais individualizadas. Esse processo – contínuo – desenrola-se até o momento em que, a partir da aplicação da lei especial, cria-se a norma individual. Dessa forma, José Souto Maior Borges (1977, p. 65) sustenta que não têm razão aqueles que, ao atacar a sua tese, argumentam no sentido de haver uma distinção absoluta entre o momento da atribuição constitucional de competência tributária e a “integração” do tributo pela lei ordinária. Por fim, afirma que “[...] a fixação constitucional, pelo mecanismo da competência, do âmbito material de validade das leis tributárias é criação do direito e pois criação do tributo (criação de normas tributárias)”.

A tese de José Souto Maior Borges (1981, p. 19 e ss.) não passou incólume às observações de Paulo de Barros Carvalho, que, afirmando filiar-se também à proposta kelseniana, procurou demonstrar o suposto equívoco presente no raciocínio do professor da UFPE. Paulo de Barros Carvalho afirma que é indiscutível, se for seguida a proposta filosófica de Hans Kelsen, que as normas inferiores devem buscar seu fundamento de validade nas superiores. Entretanto, não lhe parece que “[...] *toda a ordenação jurídico-positiva esteja contida no Texto Supremo [...]*”. Para tentar demonstrar o suposto desacerto da tese, recorre à *redução ao absurdo*, desenvolvendo o raciocínio de que, partindo-se da premissa de que todas as normas individuais recolhem seu fundamento de validade na Constituição Federal, as sentenças judiciais – como normas individuais que são – também nela buscam seus fundamentos de validade, mas isso não conduziria à conclusão de que foi o

positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas apenas pressuposta”.



Legislador Constitucional que criou a sentença. No entender do professor da USP e da PUC-SP, esse raciocínio conduz ao “[...] absurdo jurídico [...]”. Finalmente, fecha sua argumentação, defendendo que em todos os patamares do direito positivo há a criação de – por ele denominadas – “[...] entidades de direito positivo [...]”, algumas no plano constitucional, outras pelas leis complementares, outras ainda pelas leis ordinárias etc. (CARVALHO, 1981, p. 19-22).

A argumentação desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho convenceu, por longos anos, a totalidade da doutrina e, ainda hoje, é adotada pela maioria dos estudiosos do Direito Tributário (CARRAZZA, 2007, p. 490-493).

Anos mais tarde, entretanto, um daqueles que, anteriormente, estava convencido pela argumentação lógica de Paulo de Barros Carvalho, juntou-se a Aires Fernandino Barreto e passou a fazer companhia à voz de José Souto Maior Borges. Trata-se da voz confiável de José Roberto Vieira, que, após alertar que a afirmação “a Constituição não cria tributos, apenas distribui competências”, de tão repetida, passa a ser vista como se verdadeira fosse, independentemente de seu conteúdo refletir ou não o adjetivo que a linguagem descritiva dos cientistas do Direito lhe confere, em atitude encontrada em grandes cientistas, afirma ser, atualmente, outro o seu pensar, apesar de, anteriormente, filiar-se à corrente majoritária (VIEIRA, 2005, p. 629 e 631).

José Roberto Vieira, convencido pela lógica dedutiva de Paulo de Barros Carvalho, cujos argumentos foram anteriormente citados, defendia, em sua obra *A regra matriz de incidência do IPI: texto e contexto*, que, apesar de toda regra jurídica encontrar seu fundamento de validade na Constituição Federal, o fato de buscar a lei ordinária instituidora do tributo seu fundamento de validade na Constituição Federal não autorizava a afirmação de que a criação do tributo teve início já no texto constitucional (VIEIRA, 2005, p. 631). Posteriormente, em doze páginas, José Roberto Vieira demonstra os motivos que o levaram a reformular seu entendimento, conferindo razão a José Souto Maior Borges (VIEIRA, 2005, p. 630-641). Principia o professor da UFPR realizando a análise etimológica do verbo *criar* e do substantivo *criação*, informando-nos que os léxicos apontam como paralelos “[...] gerar, formar, produzir, inventar, instituir, [...] ‘dar existência a’ e ‘tirar do nada’”. Em seguida, caminha pelas sendas dos dicionários de filosofia e percebe que eles confirmam as



acepções de *criar* e *criação* dos léxicos. Conclui, entretanto, que, ao Direito – por ser objeto cultural, fruto da construção humana – aplica-se somente a primeira acepção – *dar existência a* – na medida em que a segunda – *tirar do nada*, ou ainda, *creatio ex nihilo* – refere-se à atividade divina, própria da cultura hebraico-cristã. Diante disso, vale a pena transcrever uma das conclusões a que chegou José Roberto Vieira (2005, p. 633):

E muito embora se fale em algo que nunca teria existido antes, marcado pela originalidade, frise-se que *o grau de novidade será sempre relativo*, seja em virtude do fato de que uma instituição jurídica nova se caracteriza como tal somente no recinto bem delimitado de um certo ordenamento, cujo âmbito de validade se encerra em fronteiras precisas, tanto espaciais quanto temporais, seja em função dos próprios limites inerentes à condição humana. Nesse sentido, *encontramos criação do Direito em todos os níveis da hierarquia das leis*, desde a constituição até os atos administrativos ou judiciais. Não obstante preferam os juristas sempre falar, aqui, de aplicação do Direito, inegavelmente é concomitante a idéia de sua produção.

Lembre-mos que o referencial teórico do qual parte José Roberto Vieira é exatamente o mesmo do qual partiram José Souto Maior Borges e Paulo de Barros Carvalho: os ensinamentos de Hans Kelsen. Com base nos ensinamentos do professor de Viena, relembra, José Roberto Vieira, que, voltando-se os olhos para qualquer ponto do ordenamento jurídicos, encontramos tanto atos de aplicação do Direito (execução) como também atos de criação (produção normativa), aparecendo um ou outro, a depender do ponto a partir do qual se mire. Ao se olhar o ordenamento a partir de seu ponto mais elevado, vê-se uma série de processos de produção (criação) do Direito. Se, ao contrário, olharmos a partir da base, deparar-nos-emos com uma série de processos de execução jurídica (VIEIRA, 2005, p. 634; BOBBIO, 1999, p. 51). Isso só não acontece quando direcionarmos o foco da visão aos pontos limites do ordenamento. Ao contemplarmos a norma fundamental, encontraremos somente ato de produção do Direito. Do contrário, se focalizarmos um ato final de execução, nele não encontraremos qualquer pretensão de criação ou produção jurídica (VIEIRA, 2005, p. 635).

Forte nessas premissas, José Roberto Vieira analisa os dois argumentos manejados por Paulo de Barros Carvalho, ao pretender demonstrar o suposto equívoco da tese de José Souto Maior Borges. Ao primeiro dos argumentos do



professor da USP e da PUC-SP – de que não lhe parecia correto afirmar que o direito positivo estivesse por completo contido no corpo da Constituição – responde, o professor da UFPR, que José Souto Maior Borges segue à risca os ensinamentos de Hans Kelsen, na medida em que entende ser previsto pela Constituição, até certa medida – não de forma exaustiva –, os órgãos responsáveis pela criação do Direito e seu processo. Até mesmo porque a Constituição, como lei suprema de determinado ordenamento jurídico, possui um grau de abstração muito maior do que as leis que a venham a aplicar (CARVALHO, 1981, p. 20; VIEIRA, 2005, p. 635-636).

Contra o segundo argumento de Paulo de Barros Carvalho – de que a sentença judicial, apesar de buscar seu fundamento de validade na Constituição, não é criada pelo Legislador Constitucional – pondera José Roberto Vieira que, embrionariamente, as sentenças e atos judiciais encontram espaço na Constituição, concluindo que “[...] como entidades jurídicas acabadas, sentença e ato não foram criados na constituição; como mínimo essencial daquelas entidades jurídicas, sentença e ato começaram a ser criados na constituição sim” (VIEIRA, 2005, p. 20-21; VIEIRA, 2005, p. 637).

Conclui o professor da UFPR que a Constituição cria o “[...] tributo mínimo[...]”, ressaltando que José Souto Maior Borges, como de costume, foi cientificamente preciso, ao dizer que o *processo de criação do tributo* é iniciado com a outorga de competências, e que, mesmo sendo os dispositivos constitucionais insuficientes para o desenho completo do tributo, não quer isso dizer que sejam, tais dispositivos constitucionais, inexistentes (VIEIRA, 2005, p. 639-640).

Feitas as explanações, esclarecemos que nos filiamos à corrente encabeçada por José Souto Maior Borges e seguida por José Roberto Vieira⁹.

Retornemos aos trilhos. A exigência da edição de lei em sentido formal decorre da expressa dicção dos artigos 5º, II e 150, I, da Constituição Federal de 1988, os quais prescrevem ser vedado às pessoas políticas instituir ou aumentar tributo que não seja por meio de lei¹⁰.

⁹ Lembremo-nos que Aires Fernandino Barreto não mais acompanha a posição de José Souto Maior Borges.

¹⁰ A prescrição do artigo 150, I, da Constituição Federal, é a seguinte: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos



Exige-se lei geralmente ordinária porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu casos específicos de tributos que clamam por lei complementar, a exemplo do que ocorre com a competência residual da União, prevista no artigo 154, I; com aquela relativa ao Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no artigo 153, VII; e com a instituição de empréstimos compulsórios, previstos no artigo 148, I e II, todos da Constituição Federal de 1988¹¹.

Os dados essenciais da norma jurídica de incidência dos tributos são apresentados já na Constituição. Roque Antônio Carrazza afirma que o legislador constitucional prescreveu a norma-padrão de incidência, o mínimo necessário, o átomo de cada tributo, na qual consta “[...] a hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível” (VIEIRA, 2005, p. 620 e 639-640; CARRAZZA, 2007, p. 494-496; CARRAZZA, 2005, p. 30-32).

Sobre esse posicionamento, adverte José Roberto Vieira que ele não deve ser apreendido literalmente, na medida em que a Constituição Federal não concebe o tributo em sua totalidade, apto a, desde logo, incidir, caso ocorra o fato hipoteticamente descrito na hipótese de incidência da norma tributária e, com isso, desencadear a relação jurídica tributária correspondente (VIEIRA, 2005, p. 621). À lei ordinária que institui o tributo cabe, além dos elementos essenciais dispostos pela Constituição Federal – hipótese de incidência, sujeitos da relação jurídica (ativo e

Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Esse artigo, em conjunto com o artigo 5º, II, da Constituição Federal – “...ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” –, estabelecem o Princípio da Legalidade Tributária, a ser adiante estudado.

¹¹ A diferença entre Lei Ordinária e Lei Complementar será, ainda, objeto de análise. A competência residual da União está prevista no artigo 154, I, da Constituição Federal de 1988, o qual prescreve que “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”. O artigo anterior, ao qual faz menção o inciso I do artigo 154, é o que arrola os impostos que poderão ser instituídos pela União. O artigo 148, I e II, da Constituição Federal, que trata dos empréstimos compulsórios, por sua vez, está assim redigido: “A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b”. O dispositivo constitucional citado pelo inciso II do artigo 148 é o que enuncia o Princípio da Anterioridade Genérica, objeto de estudo em páginas posteriores.



passivo) e base de cálculo – detalhá-los e prescrever quais serão as alíquotas aplicáveis. Entretanto, o termo competência é plurissignificativo ou, ainda, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, polissêmico (CARVALHO, 1981, p. 24). Não somente o Poder Legislativo está revestido de competência tributária, como também o estão os integrantes dos Poderes Executivo e Judiciário e, até mesmo o particular, quando atua no sentido de produzir a norma individual e concreta¹².

A competência tributária da qual aqui tratamos, como exaustivamente demonstrado, é a legislativa, ou seja, aquela exercida pelo Poder Legislativo. Parece correto afirmar, portanto, que somente as pessoas políticas a detêm, na medida em que são dotadas de Poder Legislativo que, por meio do produto de sua atividade – a Lei –, podem instituir tributos. A competência encontra limitações materiais estabelecidas pela própria Constituição Federal. São elas fixadas por numerosos princípios constitucionais, tais como o da Legalidade, da Igualdade, da Capacidade Contributiva, da Irretroatividade, da Anterioridade, da Proteção ao Mínimo Vital, do Não-Confisco etc. (CARRAZZA, 2007, p. 488). Frise-se, ainda, que a competência tributária não se confunde com as atividades administrativas que têm por escopo arrecadar o tributo anteriormente instituído e devido pelo sujeito passivo, quando da ocorrência concreta do fato abstratamente descrito na hipótese de incidência da norma tributária. Ou melhor, não se confunde com a *capacidade tributária ativa*, entendida como a possibilidade ostentada por determinado sujeito de direito de figurar como sujeito ativo da relação jurídica tributária; ou, vista, ainda, como desempenho da tarefa administrativa que nasce após o exercício, e conseqüente desaparecimento, da competência tributária¹³.

¹² Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 236) afirma que o Presidente da República, quando baixa decreto sobre imposto de Renda; o Ministro, ao editar instrução normativa; o magistrado, ao julgar causas produzindo normas individuais e concretas; o funcionário da Administração Pública, que realiza o lançamento tributário ou que participa do julgamento de eventual impugnação administrativa; e, até mesmo o contribuinte, quando põe em marcha o procedimento produtivo da norma individual e concreta, a exemplo do que ocorre com tributos como IPI, ICMS e ISS, estão todos eles investidos de competência tributária.

¹³ Sobre a capacidade tributária ativa como possibilidade de figurar como sujeito ativo de relação jurídica tributária, vide Vieira, 2005, p. 622; Carvalho, 2007, p. 237; Carvalho, 1981, p. 22; Ataliba, 2005, p. 83; E, à capacidade tributária ativa como desempenho de tarefa administrativa, vide Carrazza, 2007, p. 487; Ataliba, 1969, p. 111.



2 CARACTERÍSTICAS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

A doutrina costuma atribuir à competência tributária seis características: i) indelegabilidade; ii) irrenunciabilidade; iii) incaducabilidade; iv) inalterabilidade; v) privatividade; e vi) facultatividade (CARRAZZA, 2007, p. 497-658). O acatamento, pela doutrina, dessa ou daquela característica, longe está de ser pacífico, conforme demonstraremos.

A *indelegabilidade* é a impossibilidade de a pessoa política que recebeu da Constituição Federal competência para instituir determinado tributo transferi-la para outra pessoa política, seja a que título for. Reconhecem-na como característica da competência tributária Geraldo Ataliba, José Artur Lima Gonçalves, Cristiano Carvalho, Tácio Lacerda Gama e Roque Antônio Carrazza. Este último sustenta que a outorga de competência tributária realizada pela Constituição visa à promoção de um interesse público. Caso fosse permitida a transmissão da competência tributária, a Constituição passaria de rígida a flexível (ATALIBA, 1969, p. 233; GONÇALVES, 1993, p. 24; CARVALHO, 2005, p. 866; GAMA, 2009, p. 270; CARRAZZA, 2007, p. 632-641).

Por fim, apoiando-se em Celso Antônio Bandeira de Mello, lembra Roque Antônio Carrazza que as competências outorgadas pela Constituição não são bens disponíveis, não podendo seu titular delas livremente dispor, afirmando que a pessoa política “[...] não é senhora do poder tributário (que é um dos atributos da soberania), mas titular da competência tributária [...]” (CARRAZZA, 2007, p. 641).

Também o fazem Paulo de Barros Carvalho – para quem a sua indelegabilidade pertence ao rol das *diretrizes implícitas*, sendo decorrência do postulado genérico do artigo 2º da Constituição Federal e, ainda, consequência direta da rigidez constitucional – e José Roberto Vieira que acompanha o raciocínio do professor da USP e da PUC-SP em sua integralidade (CARVALHO, 2005, p. 622).

Para José Eduardo Soares de Melo (2003, p. 15), sequer por emenda constitucional poderiam ser as competências tributárias transferidas de um ente para outro, pois isso é *categoricamente vedado* pelo inciso I do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988.



Tácio Lacerda Gama sustenta que a competência tributária legislativa pode ser percebida em duas *dimensões*. A primeira delas, referente à vedação de delegação de qualquer faixa de competência entre as pessoas políticas, ainda, que por meio de lei. A segunda, relativa à impossibilidade de, por meio de ato normativo, delegar-se a competência legislativa para o Poder Executivo (GAMA, 2009, p. 270).

É essa espécie de delegação que chama a atenção de Cristiane Mendonça, ao apontar que a competência tributária somente poderá ser caracterizada como indelegável se for empreendida análise pelo prisma da delegação interpessoal ou exógena, de uma pessoa política para outra. Em sentido diametralmente oposto aos demais autores, Cristiane Mendonça adjetiva a competência tributária de delegável. É seu entendimento que a Constituição Federal, “[...] em seu art. 68, permite a delegação da competência legislativo-tributária do órgão legislativo para o órgão executivo de uma mesma pessoa política”, ou seja, a delegação intrapessoal ou endógena (MENDONÇA, 2004, p. 289-291).

Convém lembrarmos que a indelegabilidade é característica da competência tributária, não se aplicando à capacidade tributária ativa, essa sim, transferível. Apesar de não ser essa a função do legislador, o tom didático que encerra, nesse assunto, o artigo 7º e seu § 3º, da Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional, autoriza a sua transcrição¹⁴:

[...] a competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa de direito público a outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição. § 3º. Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos¹⁵.

¹⁴ Sobre a possibilidade de delegação da capacidade tributária ativa, ver por todos, Ataliba, 1969, p. 234.

¹⁵ O mencionado artigo 18, § 3º, diz respeito ao texto da Constituição de 1946, que prescrevia: “art. 18. Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 3º. Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de lei e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos, provendo às necessárias despesas”.



Em relação à *irrenunciabilidade*, Paulo de Barros Carvalho examina-a em conjunto com a indelegabilidade, afirmando ser ela característica decorrente da rigidez constitucional. Para ele, perderia todo o sentido o labor do legislador constituinte, ao discriminar pormenorizadamente as competências tributárias, se as pessoas políticas, ao seu bel prazer, pudessem delegá-las ou delas abdicar em definitivo; ou pudessem, nas palavras de Geraldo Ataliba, dela dispor (CARVALHO, 2007, p. 240; ATALIBA, 1969, p. 233).

A renúncia, entendida como a unilateral abdicação da competência tributária outorgada pela Constituição, realizada pela pessoa política, na visão de Roque Antônio Carrazza (2007, p. 648), é juridicamente ineficaz. Tácio Lacerda Gama (2009, p. 274) é enfático ao afirmar que “Renunciar à competência é forma por meio da qual se modifica a competência” e, em “Não sendo possível sua modificação, não será igualmente possível a sua renúncia”. José Roberto Vieira (2005, p. 622), sutilmente, afirma ser a irrenunciabilidade a “[...] *impossibilidade de abdicação em caráter definitivo*” da competência tributária, com o que concorda Tácio Lacerda Gama¹⁶.

Como examinaremos adiante, a competência tributária é também facultativa. Numa leitura apressada, poderíamos pensar que essas características se contrapõem. Entretanto, o não exercício da competência tributária em razão de sua facultatividade pode ser entendido como uma renúncia *provisória* da competência tributária. Logo, podemos entender que a competência tributária é provisoriamente renunciável – entendida essa renúncia como característica decorrente de sua facultatividade – mas, definitivamente, irrenunciável¹⁷.

Outra característica decorre do fato de que o não exercício da competência tributária, por longo período de tempo, não a extingue. O decurso do tempo não é circunstância que impeça a pessoa política titular da competência tributária de exercitá-la. Logo, a competência tributária é incaducável. A característica da

¹⁶ Eis as palavras de Tácio Lacerda Gama (2009, p. 275) “...não se confundem a renúncia e o não exercício da competência tributária. Uma coisa é, por decisão própria, alterar os termos da competência, abrindo mão da faculdade de, posteriormente, editar normas. Outra, bem distinta, é, simplesmente, exercer o direito de não exercitar tal competência, não criando norma”.

¹⁷ No mesmo sentido: Mendonça, 2004, p. 291-292; Carvalho, 2005, p. 866.



incaducabilidade tem a ver diretamente com o fato de a Constituição ser um diploma elaborado com pretensão de permanência, “[...] *para durar no tempo*”, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 240)¹⁸. Demais disso, Roque Antônio Carrazza afirma que o Poder Legislativo não pode ser impedido de legislar pelo simples fato de ter deixado de fazê-lo durante certo lapso temporal; e isso, por duas razões: i) a Constituição quando atribuiu ao Poder Legislativo a faculdade de legislar não estabeleceu um prazo limite para que o fizesse, sob pena de sua extinção; e ii) legislar pressupõe inovar, nos limites impostos pela Constituição, a ordem jurídica. A lei tem por escopo regular situações que foram ou não disciplinadas por leis anteriores. Quando a lei disciplina matérias que ainda não o foram, vale-se da competência constitucional que lhe havia sido outorgada, mas que até aquele momento não havia sido exercida. Além disso, caso a competência legislativa decaísse, incluída aí a tributária, em alguns anos perderia o Poder Legislativo sua razão de existir, na medida em que teria esvaziada sua função (CARVALHO, 2007, p. 642-644).

O fato de haver tributos com prazos de vigência fixos, com data constitucionalmente fixada para se extinguirem – a exemplo do IPMF e da CPMF –, não retira da competência tributária a característica da *incaducabilidade*. De acordo com os ensinamentos de José Roberto Vieira, esses são tributos adicionados à competência tributária de um dos entes da federação. A competência estabelecida originariamente pela Constituição é *incaducável*. Se assim não o fosse, a autonomia da União, dos Estados ou dos Municípios restaria prejudicada, e, em consequência disso, também o Princípio Federativo – cláusula pétrea integrante do rol do § 4º do artigo 60, da Constituição Federal de 1988 –, como também ferido seria o Princípio da Autonomia Municipal, cuja mácula autoriza até mesmo a intervenção federal nos estados que o descumpram, conforme prescreve o artigo 34, VII, “c”, da Constituição Federal de 1988 (VIEIRA, 2005, p. 623).

Diverge, nesse ponto, Roque Antônio Carrazza, para quem, a competência atribuída à União pelas Emendas Constitucionais n. 3, de 17 de março de 1993 e 12, de 15 de agosto de 1996 – para a instituição do Imposto sobre Movimentação ou

¹⁸ José Artur Lima Gonçalves (1993, p. 25) também atribui essa característica à competência, apesar de falar em *imprescritibilidade*.



Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF) e da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), respectivamente – seria uma exceção à regra geral. Exceção essa que conduz Cristiane Mendonça, apoiada na análise das mesmas Emendas Constitucionais, a afirmar que “[...] a incidência não pode ser tratada como qualidade da competência legislativo tributária em geral”. (CARRAZZA, 2007, p. 644-645; MENDONÇA, 2004, p. 284-285). Tácio Lacerda Gama (2009, p. 271) realiza argumentação que parece conduzir à mesma conclusão de Roque Antônio Carrazza, ao afirmar que em determinados casos – como o da CPMF – a competência deve ser exercida dentro de certo lapso temporal, sob pena de não mais poder ser exercida. Esse caso – da CPMF – em seu entender seria *paradigmático*, que “[...] afasta a possibilidade de ser mantido o atributo da incidência para as competências legislativas”. Por fim, Roque Antônio Carrazza (2007, p. 644) lança mão de argumento que, por mais simples que pareça, merece menção. Segundo seu entender, o Poder Constituinte originário outorgou as faixas de competência tributária às diversas pessoas políticas. Sua extinção, portanto, somente poderia decorrer de ato de vontade de quem as concedeu, ou seja, o Poder Constituinte originário ou derivado. Entendemos, aqui, caber, um pequeno parêntese. Embora seja comum nos depararmos com a expressão *Poder constituinte derivado*, parece-nos que melhor é aquela utilizada por Michel Temer. Preferimos, então, *competência reformadora* em lugar de Poder Constituinte derivado¹⁹.

¹⁹ Ao tratar do tema, assim escreve Michel Temer (2002, p. 34-35): “Examinemos, agora, o *poder constituinte derivado*. Em primeiro lugar, verifiquemos aquele que se destina à *reforma* do texto constitucional. Este é denominado *poder reformador*. Diferentemente do originário, que é *poder de fato*, o poder de reforma constitucional é jurídico. De fato, o constituinte originário, ao criar sua obra, fixa a possibilidade de sua reforma. As constituições se pretendem eternas, mas não imodificáveis. Daí a competência atribuída a um dos órgãos do poder para a modificação constitucional, com vistas a adaptar preceitos da ordem jurídica a novas realidades fáticas. Pode-se até questionar sobre a adequada rotulação: se *poder constituinte* ou *competência reformadora*. É certo que, por força da reforma, criam-se normas constitucionais. Já agora, entretanto, a produção dessa normatividade não é emanção direta da soberania popular, mas indireta, como também ocorre no caso da formulação da normatividade secundária (leis, decretos, sentenças judiciais). No caso da edição de lei, por exemplo, também há derivação indireta da soberania popular. Nem por isso se aludirá a um ‘Poder Constituinte Originário’. Parece-nos mais conveniente reservar a expressão ‘Poder Constituinte’ para o caso de emanção normativa *direta* da soberania popular. O mais é fixação de *competências*: a *reformadora* (capaz de modificar a



A *inalterabilidade*, como parece óbvio, é característica que demonstra que a competência tributária não pode ser alterada. Mas será mesmo caso de obriedade ou, como afirma Tácio Lacerda Gama (2009, p. 272), “[...] atributo [...] sobre o qual não existem dúvidas?”.

Ao examiná-la, José Roberto Vieira ressalta sua relatividade, tomando-se em conta o ponto de vista, ou como prefere Tácio Lacerda Gama, a *perspectiva*, do qual partamos. Se for o da pessoa política destinatária da competência tributária, será a competência tributária inalterável. Entretanto, se analisada a partir da possibilidade de reforma constitucional através de emenda, será alterável (VIEIRA, 2005, p. 623)²⁰. Paulo de Barros Carvalho não teve a mesma tolerância do professor da UFPR, na medida em que afasta a inalterabilidade como uma das características da competência tributária, lançando mão do argumento de que a competência reformadora poderá, desejando, realizar alterações no quadro discriminativo das competências tributárias; no que foi seguido por Cristiane Mendonça (CARVALHO, 2007, p. 241; MENDONÇA, 2004, p. 286). Devemos, entretanto, observar o alerta que fazem Roque Antônio Carrazza, Cristiane Mendonça, e, de forma sucinta, Cristiano Carvalho, no tocante ao fato de que eventual reforma constitucional com pretensão de alterar a distribuição constitucional de competências tributárias deve respeitar as prescrições do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal (CARRAZZA, 2007, p. 646; MENDONÇA, 2004, p. 286-287; CARVALHO, 2005, p. 866).

Além dos argumentos acima dispostos, Cristiane Mendonça (2004, p. 287-289) recorre a outro, para confirmar a não caracterização da competência tributária com o rótulo da inalterabilidade. A professora da UFES afirma que tanto as Constituições dos Estados quanto as Leis Orgânicas dos Municípios podem – aumentando as garantias dos contribuintes, e prevendo, por exemplo, o Princípio da Anualidade – comprimir a competência tributária que lhe foi outorgada, alterando-a.

Constituição); a *ordinária* (capaz de editar normatividade infraconstitucional). É apropriado, assim, denominar a possibilidade de modificação parcial da Constituição como *competência reformadora*”.

²⁰ No mesmo sentido de que as pessoas políticas não podem alterar as faculdades tributárias (competências tributárias) que lhes atribuiu a Constituição Federal: Carrazza, 2007, p. 486 e Carvalho, 2005, p. 866; Gama, 2009, p. 273.



Rebatendo os argumentos da professora da UFES, José Roberto Vieira (2005, p. 623) entende não serem suficientemente aptos a arredar a inalterabilidade como uma das características da competência tributária. Em seu entender, é circunstância de autolimitação da competência, permitida, inclusive, em razão de outra característica sua, a facultatividade.

Com relação à *privatividade*, os argumentos lançados por Paulo de Barros Carvalho – apesar do entendimento contrário de Roque Antônio Carrazza e de Cristiano Carvalho, para quem as situações citadas pelo professor da USP e da PUC-SP, para afastar a característica da privatividade, são excepcionalíssimas e confirmam a regra geral – são suficientes para justificar a impossibilidade de caracterizar a competência tributária como privativa (CARRAZZA, 2007, p. 497. n. 21; CARVALHO, 2005, p. 865). Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 238 e 241) sustenta que a única competência tributária privativa é a da União. E para alcançar essa conclusão, invoca o artigo 154, II, da Constituição Federal. O artigo 154, II, prescreve que “[...] a União poderá instituir [...] 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”.

Percebemos, da leitura desse dispositivo constitucional, que Paulo de Barros Carvalho está com a razão. Há circunstâncias – iminência ou caso de guerra externa – nas quais a União está constitucionalmente autorizada a invadir a esfera de competência dos Estados e dos Municípios. Poderá, portanto, em determinados casos, exercer, a União, competência tributária que a Constituição atribuiu a Estados e Municípios. Se outra pessoa política, que não o Município, pode exercer a competência tributária que a Constituição lhe outorgou, e se outra pessoa política, além do Estado, pode exercer a competência tributária que lhe foi atribuída pela Constituição, não há que se falar em privatividade, ao empreender-se a caracterização da competência tributária dessas duas pessoas políticas. Desse ponto de vista, privativa mesmo, somente a competência tributária da União. Acrescentam José Roberto Vieira e Cristiane Mendonça, à argumentação de Paulo de Barros Carvalho, sem discordância, que a privatividade não caracteriza a competência tributária também pela cumulatividade de competências nas mãos da



União, nos casos previstos pelo artigo 147, da Constituição Federal (VIEIRA, 2005, p. 624; MENDONÇA, 2004, p. 292-293). Prescreve o citado artigo 147 que “[...] competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais”²¹.

Por fim, a doutrina aponta como característica da competência tributária a *facultatividade*, que é, sem dúvida, um dos temas mais controvertidos desse assunto. Paulo de Barros Carvalho sustenta que a facultatividade no exercício da competência tributária é a regra geral, não tendo exercido essa competência, por exemplo, a União, em relação ao imposto sobre grandes fortunas, previsto no artigo 153, VII, da Constituição Federal, e a exemplo do que ocorre também com muitos Municípios, que, simplesmente, não instituíram o imposto sobre serviços de qualquer natureza, cuja competência lhes foi outorgada pelo artigo 156, III, da Constituição Federal. Entretanto, sustenta Paulo de Barros Carvalho que o ICMS, por ostentar caráter nacional, é exceção à regra, o que, em seu entender, impossibilita atribuir à competência tributária a característica da facultatividade. O raciocínio do professor da PUC-SP caminha no sentido de que há quatro diferentes ordens normativas inseridas no Direito positivo brasileiro: i) nacional; ii) federal; iii) estadual; e iv) municipal. Afirma que, apesar de haver certa dificuldade em se separar o plano nacional (Estado brasileiro) do plano federal (União), é possível identificar que muitos enunciados prescritivos relativos ao ICMS pertencem ao plano normativo nacional, válidos para todo o território brasileiro, o que faz com que sustente que, em todos os setores relativos ao ICMS, há “[...] forte e decisiva influência de preceitos do sistema nacional”, a ponto de defender que a sua instituição (do ICMS) não é regulada pelo modal deôntico *permitido*, e sim pelo *obrigatório*, ou seja, os Poderes Legislativos dos Estados da federação estariam *obrigados a obrigar*, na medida em

²¹ Assim prescrevem os artigos 14 e 15 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: “art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos”. “art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco”. Caso os extintos Territórios do Amapá, de Roraima e de Fernando de Noronha não tivessem sido transformados em Estados, e, no caso do último, sido reincorporado ao Estado de Pernambuco, estaria a União autorizada, conforme as peculiaridades de cada Território, a cobrar os impostos estaduais e os impostos municipais, estes últimos, na hipótese de o Território não ser dividido em Municípios. Assim também quanto a eventuais novos territórios federais.



que deveriam, necessariamente, instituir o ICMS em conformidade com as prescrições das Leis Complementares e das Resoluções do Senado Federal relativas à matéria. Faz menção, ainda, à possível origem do problema. Possivelmente, decorre do fato de o ICMS inspirar-se em semelhante imposto não cumulativo, incidente sobre mercadorias e serviços, instituído em países unitários, e que, de forma descomprometida com as peculiaridades e dessemelhanças estruturais dos Estados, foi tomado pelo Legislador constitucional e entregue aos Estados-membros da Federação.

Com o escopo de manter a uniformidade inerente ao imposto em Estados unitários, o Legislador constituinte previu a elaboração de Leis Complementares, para que elas prescrevam normas gerais a serem seguidas por todos os Estados brasileiros. E essa argumentação justificar-se-ia como preventiva da instauração da famigerada guerra fiscal entre os Estados, o que, segundo ele, levaria ao paulatino desaparecimento do ICMS e a uma preocupante diminuição na arrecadação (CARVALHO, 2007, p. 237 e 241-247)²².

Roque Antônio Carrazza, de outro lado, elabora argumentação convincente, defendendo a facultatividade das competências tributárias, afirmando que as pessoas políticas “[...] são livres para delas se utilizarem ou não”, e gravitando o seu exercício em torno de decisão política, não sujeita a controle externo. Logo em seguida, Roque Antônio Carrazza, apoiado nas lições de Norberto Bobbio sobre as

²² Tácio Lacerda Gama (2009, p. 280) segue o mesmo entendimento. Eis suas palavras, após citar Paulo De Barros Carvalho: "Essa observação não merece retoques se a competência para instituir o ICMS for entendida como competência incondicionada, outorgada a apenas um sijeito, no caso os Estados e o Distrito Federal. Sob tal perspectiva, o Estado que queira reduzir ou afastar a incidência do ICMS, sobre certas pessoas ou determinadas situações, deve ter autorização expressa do CONFAZ. Sem ela, ao Estado só resta uma opção: instituir e cobrar o tirbutu em sua integralidade. Por outro lado, se o CONFAZ, mediante deliberação dos Estados e do Distrito federal, dispuser sobre a possibilidade de ser concedida redução de alíquota ou concessão de isenções, os Estados poderão ratificar o convênio e alterar a forma de incidência do imposto. Se o CONFAZ pode deliberar sobre a forma de exercício da competência do ICMS, inclusive para regular as situações em que pode não ser criada a RMIT, surge uma pergunta: de quem é a competência para conceder isenções e benefícios fiscais, dos Estados ou do CONFAZ? Por expressa determinação constitucional, a competência para legislar sobre o ICMS, acerca da outorga de benefícios fiscais, é do CONFAZ, e não dos entes federativos. Trata-se de uma outorga de competência complexa, onde a faculdade para permitir ou não a instituição da norma tributária é dada ao CONFAZ e não aos Estados. Para esses, a competência é condicional, pois, na ausência de autorização do órgão competente, positivada num Convênio, só lhe resta instituir o tributo obrigatoriamente".



diversas regras de estrutura, concluiu que não há, na Constituição Federal, no que concerne ao exercício da competência tributária, norma que obrigue o seu exercício, e sim apenas as que o permitem. Lembremo-nos: a competência tributária prevista na Constituição é norma de estrutura dirigida ao legislador infraconstitucional. Com base na teorização de Norberto Bobbio, conclui Roque Antônio Carrazza (2007, p. 648-653) que as normas sobre competência tributária são – diferentemente do entendimento de Paulo de Barros Carvalho – normas que *permitem obrigar*, ou seja, permitem que o legislador institua o tributo integrante de sua esfera de competência.

Lamentavelmente, após todo o esforço argumentativo, Roque Antônio Carrazza identifica como “[...] única exceção [...]” à facultatividade da competência tributária aquela que se refere à instituição do ICMS, na medida em que os Estados somente poderiam deixar de exercer a competência tributária, não instituindo o ICMS, caso celebrassem os seus Poderes Executivos deliberações e fossem elas ratificadas pelos seus Poderes Legislativos, por meio de decretos legislativos (CARRAZZA, 2007, p. 653-654; CARRAZZA, 2005, p. 503-504). É bem verdade, lembra Roque Antônio Carrazza, que, em virtude do Princípio da Tripartição das Funções, não há como o Poder Judiciário determinar a um Estado da federação que não tenha instituído o ICMS que o faça. Poderão, os Estados da federação que se sintam prejudicados, bater às portas do Poder Judiciário e postular ressarcimento pelos prejuízos experimentados em decorrência daquela omissão legislativa, mas jamais poderão requerer que o Poder Judiciário determine a supressão da omissão legislativa, ou ainda, que ele produza a norma (CARRAZZA, 2007, p. 654).

José Roberto Vieira, convencido pelos sólidos argumentos desenvolvidos por Roque Antônio Carrazza, mantém-se firme na posição de entender a competência tributária, mesmo aquela que trata da instituição do ICMS, portadora da característica da facultatividade; posição na qual é acompanhado por Cristiane Mendonça (VIEIRA, 2005, p. 624; MENDONÇA, 2004, p. 282-283).

É possível afirmarmos que estão com a razão o professor da UFPR e a professora da UFES, na medida em que não parece emergir da Constituição Federal norma jurídica com o modal deôntico obrigatório (obrigado-obrigar) que determine a instituição do ICMS por parte dos Estados. Convicção essa que nos permite afirmar – com Roque Antônio Carrazza – que o artigo 11 da Lei Complementar nº 101, de 13



de novembro de 2001, é inconstitucional, por pretender que uma conduta que a Constituição *permite* se torne *obrigatória*, na medida em que determina que as pessoas políticas instituem todos os tributos previstos em sua faixa de competência; como também o é seu artigo 14, que, fulminando o Princípio Federativo, pretende estabelecer os moldes de exercício da competência tributária (CARRAZZA, 2007, p. 655-658)²³.

Além disso, parece, apesar de confusa sua redação, que o artigo 8º do Código Tributário Nacional confirma a facultatividade da competência tributária²⁴.

As temporalmente distantes lições de Geraldo Ataliba (1969, p. 233) – que, ao analisar a competência tributária, afirma que “[...] a única liberdade que a pessoa competente possui é a de não exercitá-la, abstendo-se de usá-la” – mostram-se cientificamente atuais. Não pode, o ente detentor da competência, como lembra José Eduardo Soares de Melo (2003, p. 15), editar lei, negando-a.

Após a exposição dos numerosos entendimentos doutrinários acerca das características da competência tributária, concluímos, ainda, que a competência

²³ Prescreve o artigo 11 da Lei Complementar nº 101/2001: “Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”. Segundo o artigo 2º, I, da citada Lei “...entende-se como ente da Federação: a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município”; “Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, da qual decorra renúncia de receita, deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro, no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança”.

²⁴ “Art. 8º. O não exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído”.



tributária ostenta as características da irrenunciabilidade, incaducabilidade, indelegabilidade e facultatividade, não sendo privativa e, menos ainda, inalterável.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. La funzione tributaria in generale. *In*: ALESSI, Renato; STAMMATTI, Gaetano. **Istituzione di Diritto Tributario**. Turim: UTET, 1965.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário**. São Paulo: RT, 1969.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.
- BARRETO, Aires Fernandino. **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARRETO, Aires Fernandino. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARRETO, Aires Fernandino. **ISS na Constituição e na Lei**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BERLINI, Antonio. **Principios de derecho tributario**. Trad. Fernando Vicente-Arche Domingo. Madri: Derecho Financiero, 1964.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- BORGES, José Souto Maior. **A fixação em lei complementar das alíquotas máximas do Imposto sobre serviços**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- BORGES, José Souto Maior. Aspectos fundamentais da competência municipal para instituir o ISS (do Decreto-Lei n. 406/68 à LC n. 116/2003). *In*: TORRES, Heleno Taveira. **ISS na Lei complementar 116/2003 e na Constituição**. Barueri: Manole, 2004.
- BORGES, José Souto Maior. ISS e serviços de vigilância prestados por empresa privada. **Revista de direito tributário**, v. 2, 1977.
- BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. **IPI: princípios e estrutura**. São Paulo: Dialética, 2009.



- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Cristiano. **Sistema, competência e princípios**. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **A regra Matriz do ICM**, São Paulo, 1981, Tese (Livre Docência em Direito Tributário), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ELALI, André de Souza Dantas. **IPI: aspectos práticos e teóricos**. Curitiba: Juruá, 2006.
- GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.
- GONÇALVES, José Artur Lima. **Isonomia na norma tributária**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- HENSEL, ALBERT *apud* FONROUGE, C. M. Giuliani, Derecho Financiero, v. I, p. 337. *Apud* VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição cria tributos! *In*: HELENO TAVEIRA TÔRRES, **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MELO, José Eduardo Soares de. **A importação no direito tributário: impostos, taxas, contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MENDONÇA, Cristiane. **Competência tributária**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004.
- MICHELI, Gian Antonio. **Curso de derecho tributario**. Trad. Julio Banacloche. Madri: EDERSA, 1975.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz da incidência do IPI: texto e contexto**. Curitiba: Juruá, 1993.
- VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição cria tributos! *In*: HELENO TAVEIRA TÔRRES, **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VIEIRA, José Roberto. **Medidas provisórias em matéria tributária: as catilinárias brasileiras**. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1999.



O PAPEL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO BRASILEIRO¹

THE ROLE OF EXECUTIVE MESURES IN BRAZILIAN COALITION PRESIDENTIALISM

*Rene Sampar*²

Resumo

A realidade política no Brasil é a das mais peculiares. O legislador constituinte de 1988 estabeleceu um sistema híbrido, conjugando elementos tanto do presidencialismo como do parlamentarismo. Entre teoria jurídica e política cotidiana, nosso regime presidencial tem de se amoldar com as coalizões parlamentares entre Executivo e Legislativo, garantindo ao primeiro o poder de agenda do segundo, e ainda com a governança por meio da Medida Provisória, instituto que passa por tentativas de revisão devido ao sobrestamento da pauta do Congresso Nacional. A consequência mais elementar desta junção é um sistema improfícuo e que beira à inoperância. O presente artigo tem por escopo investigar esta relação entre o presidencialismo de coalizão e a utilização das Medidas Provisórias, em um estudo comparado entre as legislações do Brasil, da Itália e da Espanha.

Palavras-chave: Medidas provisórias; Presidencialismo de Coalizão.

Abstract

The political reality in Brazil is the most singular. The legislators of the Constitution established a hybrid system, joining elements of presidential and parliamentary systems. Between juridic theory and daily political, our presidential regime has to shape with the parliamentary coalitions among Executive and Legislature powers, keeping to the first the control of work's schedule of the second, and with governance by Provisional Measures, legislative act that is being improve caused by the obstruction of National Congress work. The elementary consequence is an unprofitable system that become to the inoperation. This article aim this relation between coalition presidentialism and the use of Provisional Measures, comparing the legislation of Brazil, Italy and Spain.

Keywords: Provisional Measures; Coalition Presidentialism.

¹ Trabalho submetido em 01/06/2013, pareceres finalizados em 11/07/2013 e 15/07/2013, aprovação comunicada em 05/08/2013.

² Mestrando em Filosofia Contemporânea (UEL). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Graduado em Direito (UEL). E-mail: <renesampar@msn.com>.



INTRODUÇÃO

O Diário Oficial da União de 28 de fevereiro de 2011 publicou a Lei 12.382 que dispõe sobre o valor do salário mínimo brasileiro para o corrente ano. O Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 382/2011, obtendo aprovação de mais de 73% dos parlamentares presentes na sessão. No Senado Federal, os votos favoráveis às propostas da base governista também foram acima de 70%. Corriqueiramente o valor do salário mínimo era reajustado por meio de Medida Provisória. No entanto, o governo alterou as diretrizes para o seu aumento pelo período de 2012 a 2015, estabelecendo que os reajustes terão por base a variação do crescimento real do PIB nacional de dois anos passados (art. 2º da Lei 12.382/2011), sendo realizado por meio de decreto oriundo da Presidência da República (art. 3º da mencionada lei).

À primeira vista, em uma análise puramente lacônica deste contexto, poderia se afirmar que todo o trâmite de votação e aprovação da proposta apresentada pelo Poder Executivo obteve natural êxito pela maioria que a base governista possui no Congresso Nacional. Um estudo realizado com maior acuidade, desde a edição do ato normativo até sua publicação, tendo-se por base o conjunto do cenário político brasileiro e de seus alicerces jurídico-institucionais, revela um rol de elementos constitucionais articulados resultantes no primado do Poder Executivo na consecução da administração pública bem como na função legislativa, com a devida cooperação do Poder Legislativo.

Este arranjo institucional se deve a conjugação de um regime presidencial com ampla concentração de prerrogativas constitucionais, como iniciativa legiferante própria (art. 84, III), edição de Medidas Provisórias (art. 84, XXVI), pedido de urgência nos projetos de iniciativa do Executivo (art. 64, § 1º), poder de veto (art. 84, V), ampla discricionariedade na formação dos ministérios e administração federal (art. 84, I, II e VI, “a”) e ainda influência na formulação do orçamento (art. 84, XXIII), o que possibilita ao chefe do Executivo o controle da coalizão parlamentar nas votações de matérias atinentes às políticas de interesse do governo e, por via de consequência, na formação das mesas em ambas as Casas legislativas, garantindo o domínio sobre a agenda do Congresso Nacional.



O presente artigo tem por escopo analisar a conjugação dos elementos políticos e jurídicos que constituem o sistema político brasileiro, conferindo especial enfoque aos institutos da Medida Provisória e do presidencialismo de coalizão. Em um primeiro momento, será analisada a estrutura do presidencialismo de coalizão, estabelecendo um paralelo entre a sua abordagem tradicional e a realidade brasileira. Depois, o estudo se projetará para a questão das Medidas Provisórias e os motivos que conduzem o Congresso Nacional a propor as reformas em seu trâmite, incluindo a Proposta de Emenda à Constituição número 11 de 2011, aprovada por unanimidade pelo Senado Federal e que aguarda ser votada na Câmara dos Deputados. Por fim, buscar-se-á mesclar ambos os institutos na tentativa de perscrutar os seus efeitos na dinâmica jurídica e política nacional.

1 O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO COMO PRESSUPOSTO DO CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

Apesar de fortalecido pelos instrumentos constitucionais garantidos, não basta ao Presidente da República se consagrar vitorioso nas eleições nacionais para que seja capaz de governar o país. Na luta travada entre governo e oposição, é preciso apoio parlamentar para lograr êxito nas proposições submetidas para votação no Congresso Nacional. “Quando a oposição é forte”, comenta Barry Ames (2003, p. 239), “um projeto do Executivo pode nem chegar a ser aprovado ou rejeitado”. Para colocar sua agenda em prática, o Executivo precisa formar sua base de apoio junto às Casas Legislativas. A maneira mais corriqueira de se obter apoio e formar uma aliança nas Casas Legislativas ocorre a partir da distribuição de cargos dos ministérios entre os partidos hegemônicos, cujos membros garantem os votos necessários a implementação do programa do governo (SANTOS, 2003, p. 17).

O conjunto destes fatores constitui o presidencialismo de coalizão. Segundo Marco Aurélio Sampaio:

O presidencialismo de coalizão é o sistema presidencial de governo em que a governabilidade se dá pela formação de coalizão parlamentar mais ampla que o partido do presidente, servindo de apoio às políticas governamentais, o que é refletido na distribuição das pastas ministeriais e no exercício do poder de agenda legislativa pela presidência da República (SAMPAIO, 2007, p. 117).



Arend D'Engremont Lijphart (*apud* PEREIRA, 2002, p. 266) comenta que a tendência dos governos de coalizão é justificada em sistemas eleitorais de representação proporcional com distritos de grande magnitude, como é o caso do Brasil. A estrutura deste sistema em nosso ordenamento jurídico se apóia sobre três fatores fundamentais: a liberdade presidencial na formação do gabinete de ministros, com reflexo do apoio partidário obtido no Congresso Nacional, a intensa centralização dos trabalhos do Poder Legislativo nas pessoas dos líderes partidários e ainda a peculiar relação entre os Três Poderes, em especial no tocante ao Executivo forte pela concentração de poderes legislativos que acabam por lhe atribuir poder sobre a agenda legislativa.

Com relação ao primeiro fator, a Constituição atribui como privativa a competência do Presidente da República de nomear e exonerar os ministros de Estado (art. 84, I). Os ministérios são distribuídos entre os partidos que formam a aliança governamental, isto é, aqueles que estejam dispostos a formar a coalizão, devendo oferecer apoio ao governo nas matérias de seu interesse. No que tange aos líderes partidários, sua atuação como representantes de seu partido ou aliança facilita a deliberação das matérias no plenário, uma vez que os regimentos internos das Casas Legislativas lhes atribuem prerrogativas exclusivas fundamentais, como a total liberdade para o uso da palavra, o registro dos parlamentares que deliberarão na tribuna e concorrerão aos cargos da Mesa e ainda a indicação dos membros que integrarão a comissão mista encarregada de emitir parecer sobre a constitucionalidade da Medida Provisória. Com efeito, e considerando que o Presidente da República pode escolher os líderes da coalizão do governo em ambas as Casas³, os líderes no Congresso exercem o papel de porta-vozes do chefe do Executivo, orientando os seus liderados a votar nas questões de interesse da coalizão governamental.

Isso implica concluir que costurada a coalizão majoritária, questões importantes como indicação de membros da comissão em sua maioria, substituição, a qualquer tempo, de membros da comissão que possam funcionar como obstáculos pontuais aos institutos do governo, uso estratégico da palavra e sua distribuição entre os membros da bancada, controle de votação nominal e pedidos de urgência em projetos que não os

³ Esta prerrogativa está prevista no art. 11 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e ainda no art. 66-A do Regimento Interno do Senado Federal.



do Presidente da República, são decididas por um conjunto de líderes que representam o próprio governo. Em outras palavras, o controle dos partidos da coalizão se dá sobre alguns líderes que a representam (SAMPAIO, 2007, p. 152).

O terceiro fator está diretamente relacionado à edição de Medidas Provisórias e a sua recepção no Congresso Nacional pelos partidos da coalizão governamental. Isto porque sua necessidade congênita de célere tramitação é determinante para a definição de quais matérias serão postas em pauta para votação no Congresso Nacional. Tal determinismo, a qual o Legislativo se acha submetido pela força e urgência da MP, é denominado na doutrina de poder de agenda. Dentre todas as suas perspectivas, Fabiano Santos (citado por Reinaldo Sobrinho do Nascimento) esmiúça as principais características do poder de agenda no contexto político brasileiro:

O poder de agenda cumpre um papel decisivo – serve para encurtar o tempo de tramitação das propostas, com a apresentação de pedidos de urgência; serve para evitar a entrada de projetos de lei inaceitáveis, devido à exclusividade da iniciativa do Executivo em projetos de natureza orçamentária e fiscal; serve para redefinir onde se fará a análise de um projeto por meio da criação de comissões especiais; e, por fim, serve para poupar o Congresso de ter de lidar com assuntos difíceis, através da edição de Medidas Provisórias (NASCIMENTO, 2008, p. 16).

Deste modo, o governo – na figura da Presidência da República com todas as suas prerrogativas legiferantes e influência na administração da máquina pública, bem como pela salvaguarda obtida pelo suporte político das lideranças partidárias portadoras de poderes representativos sobre os demais parlamentares – consegue determinar a agenda legislativa no Congresso Nacional, controlando toda a cadeia do processo político-legislativo brasileiro. Os dados apresentados pelo próprio governo federal⁴ indicam que, ao obter maioria expressiva no Congresso Nacional na formação da coalizão, o que o Executivo submete ao Legislativo é, em geral, aprovado, pois por definição as matérias só podem ser aprovadas se contam com o apoio da maioria, incluindo as Medidas Provisórias.

⁴ Estes dados serão apresentados ao longo do artigo.



As pesquisas relacionadas com a produção legislativa no Congresso Nacional corroboram tais assertivas. Dados oficiais da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados demonstram que, no período de 1995 a 2007, 78% de todas as leis sancionadas foram propostas pelo Poder Executivo contra apenas 19% pelo Poder Legislativo. Os outros 3% correspondem ao Poder Judiciário, Ministério Público, iniciativa popular, entre outros⁵. Oportuno ressaltar ainda que o índice de aprovação das propostas de iniciativa do Poder Executivo, a partir de 1988, chega a atingir 90% em alguns governos (especificamente nos de Itamar Franco e Luiz Inácio Lula da Silva), o que demonstra a força motriz das coalizões governamentais com o sucesso no processo legislativo no Congresso Nacional. Este índice se mostra elevado também nos outros governos: 77% nos de Fernando Collor e José Sarney e 85% nos de Fernando Henrique Cardoso (LIMONGI, 2006, p. 17-43).

Assim, possuindo sólida coalizão nas Casas legislativas, o governo conseguirá aprovar as matérias de seu interesse com rapidez. Para tanto, o instrumento utilizado tem sido a Medida Provisória, estatuída no art. 62 da Constituição da República.

2 MEDIDA PROVISÓRIA: INSTRUMENTO PARLAMENTAR NA REALIDADE PRESIDENCIAL *SUI GENERIS* DO BRASIL

O instituto da Medida Provisória é um instrumento com força legal de iniciativa exclusiva do Presidente da República. Não possui natureza jurídica de lei em sentido formal, mas de ato legislativo, administrativo, executivo e governamental, convertida em lei ordinária após a imprescindível tramitação no Congresso Nacional para aferição de seus pressupostos. Sua adoção reflete a necessidade de prover o Poder Público com um instrumento legal para a tomada de providências legislativas imediatas em casos de real necessidade, o que não se coaduna com a comum inércia que acompanha o processo de discussão e votação das matérias nos Parlamentos. Medidas Provisórias, na emblemática definição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 115),

⁵ Estas e outras informações foram coletadas por Newton Tavares Filho (2008).



[...] são providências provisórias que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, “em caso de relevância e urgência”, e que terão “força de lei”, cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei dentro do prazo – que não correrá durante o recesso parlamentar – de 120 dias contados a partir de sua publicação.

Instrumentos normativos com força de lei a serem adotadas pelo Poder Executivo em caso de justificada emergência passaram a integrar as Cartas Constitucionais de países europeus a partir do século XVIII, com as ordenanças francesas, em 1799, seguida pelo decreto-lei da Alemanha de 1859. O decreto-lei surge no direito brasileiro a partir da Constituição “polaca” de 1937 como apanágio da ditadura varguista, permitindo ao Executivo legislar sem a interferência dos outros Poderes. Conforme ilustra Gustavo Rene Nicolau (2009, p. 83):

A Carta de 1937 não previa o envio dos decretos para a apreciação do Congresso Nacional e a técnica legislativa que o Brasil presenciou entre 10 de novembro de 1937 e 29 de outubro de 1945 significou a suspensão da separação de funções estatais para o comando da República. Sozinho, o Executivo daquela época governou, legislou e atuou como revisor das decisões do Supremo Tribunal Federal durante quase uma década.

Em termos gerais, a Constituição de 1937 estabelecia limitações de ordem formal – autorização do Parlamento para sua expedição e parecer do Conselho de Economia Nacional – e material – limitação para deliberar, ainda que em recesso parlamentar ou dissolução da Câmara dos Deputados, acerca de modificações do texto constitucional, legislação eleitoral, orçamento, impostos, instituições de monopólios, moeda, empréstimos públicos e alienação e oneração de bens públicos –, autorizando a Presidência para deliberar sobre a organização do governo e da administração federal, e ainda de organizar e comandar as forças armadas. A mesma Carta Constitucional foi utilizada como apanágio para o golpe de Estado arquitetado por Vargas ao dissolver a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais (art. 178), permitindo ao Presidente expedir decretos-leis sobre todas as matérias da



competência legislativa da União (art. 180). Entre 1937 e 1946, foram expedidos quase 650 decretos-leis, nas mais variadas vertentes legislativas⁶.

Não obstante, em novo ambiente ditatorial, desta vez no regime militar deflagrado no “Golpe de 31 de março” de 1964, o decreto-lei renasce como batuta do autoritarismo brasileiro, sendo empregado por quase 850 vezes até a data de 03 de outubro de 1988, apenas dois dias antes da promulgação da Constituição de 1988. Sua expedição era garantida pelo art. 58 da Constituição de 1967, que autorizava o Presidente a utilizá-lo nos casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não ocasionasse aumento de despesa. O Legislativo era autorizado apenas a aprová-lo ou rejeitá-lo, impedindo-o de emendar o projeto original. Como conseqüência natural do regime golpista, 1968, publicou-se o Ato Complementar 38, declarando o recesso do Congresso Nacional, e o Ato Institucional 5 que causou a “destruição do Estado de Direito no Brasil”, conforme expressão de Paulo Bonavides (2003, p. 62).

Portador de um passado eivado de estigmas e condenado por supeditar a consolidação de dois governos autoritários, o decreto-lei fora alvo de intensas discussões nos trabalhos da “Comissão da Organização dos Poderes” na Assembleia Constituinte de 1987⁷. Como não havia unanimidade de qual sistema de governo seria adotado no Brasil, foram estabelecidos projetos tentando contemplar tanto o presidencialismo como o parlamentarismo, constituindo-se um sistema

⁶ A título exemplificativo, por meio do decreto-lei o governo legislou sobre a organização do Tribunal do Júri (Dec.-lei 167), nacionalidade brasileira (Dec.-lei 389), organização da Justiça do Trabalho (Dec.-lei 1237), instituição do Código de Processo Civil (Dec.-lei 1608), Código Penal (Dec.-lei 2848), Código de Processo Penal (Dec.-lei 3689), Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei 4657), Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.-lei 5452), Lei de Falências (Dec.-lei 7661), entre outras legislações fundamentais ao contexto jurídico nacional e que ainda não foram derogadas.

⁷ As Atas da Subcomissão do Poder Executivo, disponibilizadas pelo Senado Federal, demonstram a divisão dos legisladores em dois grupos. O primeiro comando por Josaphat Marinho e o segundo por César Saldanha. Josaphat Marinho, membro da “Subcomissão do Poder Executivo”, analisando a experiência brasileira, altercava pela supressão do decreto-lei do texto constitucional, ainda que o argumento em sua defesa fosse a existência de “casos em que o Poder Executivo precisa adotar medidas urgentes de linha do interesse público”. E completa, alegando que “a nova Constituição poderia estabelecer a forma da lei delegada do modo mais flexível, que substituísse a necessidade do decreto-lei”. Por sua vez, Cesar Saldanha defendia a manutenção do decreto-lei, que “não é uma instituição infernal, não é um mal, um inferno”, mas que as necessidades do Estado devem ser solvidas com brevidade. “Deixar a medida para amanhã, para 48 horas depois, será torná-la, inócua, obsoleta – ela se tomará perempta”. Cf. BRASIL. Senado Federal. **Assembleia Nacional Constituinte: 1987-1988.** Ata da Subcomissão do Poder Executivo, p. 97. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 10 ago. 2013.



híbrido, presidencial na forma e parlamentar na prática. Somente em 1993, após plebiscito, definiu-se o sistema de governo presidencial e a forma de governo republicana. Embora existissem dissensões quanto a adoção da Medida Provisória na Constituinte de 1987, primeiro por se tratar de um instrumento imanente parlamentar e, sobretudo, por decorrer diretamente do aviltado decreto-lei, os legisladores a mantiveram no texto final, tendo por base o art. 77 da Constituição italiana de 1947. Segundo Raul Machado Horta (2003, p. 574), dado o grande desconforto causado pelo decreto-lei amplamente utilizado na ditadura fascista de Mussolini, concebeu-se o *provvedimenti provvisori con forza di legge* adotada pelo Governo (Presidente do Conselho e Ministros), sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e de urgência.

A Medida Provisória está inscrita no art. 62 da Constituição da República; a redação do *caput* do artigo enuncia que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. Conforme leciona Zulmar Fachin (2008, p. 446-447), relevante significa excepcional, essencial, e sua aferição se vincula ao império do interesse público. Por urgência se deduz situação de emergência, cuja idéia é ligada a iminência de se adotar tal medida, devendo a mesma ser submetida de imediato ao Congresso Nacional (art. 62, *in fine*). Relevância e urgência são requisitos formais cumulativos, sob pena de a medida ser declarada inconstitucional. As matérias disciplinadas pela Medida Provisória, observadas as restrições do § 1º do art. 62 da Constituição, constituem o seu pressuposto material.

Desde a promulgação da Constituição, o Legislativo promoveu duas reformas no instituto a fim de limitar seu uso. A primeira, consolidada em 2001, foi motivada pelo número elevado de reedições de Medidas Provisórias quando rejeitadas ou quando ineficazes por decurso do prazo. De 1988 a 2001, data da publicação da Emenda Constitucional 32, foram publicadas 6.109 Medidas Provisórias, o que equivale à média de quase 40 edições por mês⁸. Registre-se

⁸ Foram editadas 147 MPs no governo de José Sarney, 159 no governo de Fernando Collor de Mello, 505 no governo de Itamar Franco e 5298 no governo de Fernando Henrique Cardoso. Conferir Lima, 2007, p. 16.



nestes treze anos a ocorrência 5.513 reedições de Medidas Provisórias, tendo seu apogeu entre os anos de 1999 e 2000 quando se ultrapassou a marca de duas mil reedições, onerando ou até impossibilitando a atividade parlamentar⁹. A título ilustrativo, a MP nº. 2.176 (convertida na Lei 10.522/02 que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais - CADIN) foi reeditada 79 vezes, tramitando de 31/08/1995 a 23/08/2001. Outro exemplo ainda mais significativo: a MP 2.096 (convertida na Lei 10.179/2001 que dispõe sobre os títulos da dívida pública) foi reeditada 89 vezes, de 11/04/94 a 25/01/2001, ou seja, teve trâmite de quase sete anos e meio.

Devido a todas estas limitações impostas ao Legislativo e no intuito de diminuir a sobrecarga de projetos de iniciativa do Executivo no Congresso Nacional – tanto pela edição como pela reedição de Medidas Provisórias – o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 32/2001 produzindo profundas mudanças em sua concepção e trâmite, a começar da impossibilidade de sua reedição na mesma sessão legislativa (art. 62, § 10). Esta medida adotada pelo Legislativo brasileiro em 2001 já havia sido tomada pelo Parlamento italiano no ano de 1988, com a publicação da Lei 400, que regulou o processo legislativo de iniciativa do Governo e do Conselho de Ministros – atribuições previstas na Constituição de 1947¹⁰. No caso brasileiro, foram impostas limitações materiais ao Poder Executivo, vedando-lhe a edição de Medidas Provisórias em temáticas reservadas à iniciativa do Congresso (direitos políticos; direito processual penal e civil; organização do Judiciário e do Ministério Público, bem como da carreira de seus membros; e planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares que visem o sequestro de bens da poupança, sobre matérias reservadas a lei complementar e ainda na ocasião de conteúdos já votados e que aguardem apenas a sanção presidencial).

⁹ Foram 9 reedições em 1988, 6 em 1989, 68 em 1990, 2 em 1991, 2 em 1992, 48 em 1993, 319 em 1994, 408 em 1995, 615 em 1996, 680 em 1997, 750 em 1998, 1040 em 1999, 1088 em 2000 e 478 em 2001. *In*: Filho (2008, p. 11).

¹⁰ A Lei 400/1988 impôs as seguintes limitações à utilização do *decreto-legge*: o Governo não pode delegar ou assumir para si a iniciativa do processo legislativo, alterar o trâmite de uma lei no Parlamento, renovar ou alterar o fundamento jurídico de uma Medida Provisória já rejeitada pelo Legislativo ou restaurar a eficácia de disposição declarada inconstitucional pela Corte Constitucional por vício de mérito.



Superada a celeuma das reedições, iniciaram-se as discussões a respeito do regime de urgência previsto no parágrafo 6º do art. 62, que estabelece o sobrestamento de todas as deliberações legislativas caso a votação não se tenha ultimado no prazo máximo de 45 dias. Considerando que a Câmara dos Deputados é a Casa iniciadora (art. 62, § 8º), no ano de 2002, metade de todas as Medidas Provisórias encaminhadas ao Senado Federal para revisão estavam com o prazo de 45 dias já vencido, trancando de imediato a pauta da Casa (FILHO, 2008, p. 68). Na Câmara dos Deputados, a imposição do regime de urgência das MP's obstruiu a pauta em 67% das sessões entre 2002 e 2008¹¹. Isto pode ser explicado pela quantidade de matérias apreciadas pelo Congresso Nacional de autoria do Poder Executivo, que utiliza a MP exatamente por sua inata urgência deliberativa. Isto fica claro na comparação do tempo para votação das leis de acordo com o ente proponente. Pereira e Mueller revelam que, entre 1995 e 1998, o tempo médio para uma proposta do Poder Executivo ser votada pelo Congresso Nacional foi de 183 dias, contra 550 dias do Judiciário e 1.194 dias do próprio Legislativo.

O engessamento da pauta das Casas motivou a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição 11 de 2011, que visa alterar o rito de tramitação das Medidas Provisórias no Congresso Nacional. Esta proposta foi aprovada por unanimidade pelo plenário do Senado Federal, ocorrida em 16 e 17 de agosto de 2011, tendo sido remetida à Câmara dos Deputados. Dentre todas as mudanças, destacam-se a alteração nos prazos de votação. A Câmara disporia de 55 dias para apreciação e votação da proposta e o Senado 55 dias, restando outros 10 dias para os deputados apreciarem emendas apresentadas. A contagem destes prazos fica suspensa durante os recessos parlamentares. A proposta altera também a sistemática do regime de urgência. A pauta das Casas estaria sobrestada somente após o 45º dia da recepção da MP, sobrestando as demais deliberações.

De qualquer maneira, a mencionada proposta é apenas mais uma tentativa do Legislativo em se desvencilhar da enxurrada de Medidas Provisórias, concebido em sentido original como instrumento a ser utilizado em casos de real necessidade.

¹¹ Obstrução da pauta da Câmara dos Deputados: 2,22% em 2001, 64% em 2002, 43,53% em 2003, 71,03% em 2004, 76% em 2005, 65,71% em 2006, 68,06% em 2007 e 68% em 2008. (FILHO, 2008, p. 17).



Esta situação revela a fragilidade de nosso sistema jurídico, a adequação da linha clássica de Separação de Poderes e Freios e Contrapesos à realidade brasileira – teorias naturalmente evolvidas desde a sua conceituação filosófica – e as condições singulares de nosso sistema político, que luta contra as oligarquias regionais rumo a consolidação dos princípios democráticos¹².

Embora o regime jurídico das Medidas Provisórias tenha sido alterado em 2001, passada mais de uma década, vê-se que o protagonismo legiferante no Brasil ainda está fortemente atrelado ao chefe do Executivo, submetendo o processo legislativo às prioridades por ele estipuladas e controlando a agenda legislativa nacional.

3 CONCENTRAÇÃO DE PODERES ADMINISTRATIVOS E LEGIFERANTES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: A PRÉ-MODERNIDADE BRASILEIRA

A partir da análise de todos os dados apresentados, verifica-se a total ingerência produtiva do Congresso Nacional e o conseqüente engessamento de sua pauta de trabalhos, submetendo parte considerável de suas sessões aos meandros do Executivo. Isto se deve, *prima facie*, ao nosso ordenamento ter adotado de forma incoesa um presidencialismo marcado por estruturas de origem e aplicação parlamentares, ao passo que a gênese do poder nos dois sistemas são plenamente distintas. Enquanto o Presidente é eleito, via de regra, pelo sufrágio universal para governar por um período determinado, o Primeiro-Ministro é indicado pela coalizão majoritária no Parlamento, fonte de sua sustentação política. Caso abuse no uso de suas prerrogativas, os legisladores podem a qualquer momento requerer a moção de desconfiança, solicitando a substituição ou queda do governo (Primeiro-Ministro e gabinete). A responsabilização do governo no regime parlamentar é mais restrita e o legislador constituinte não olvidou de mencioná-la no artigo que trata da espécie normativa que se aproxima da Medida Provisória brasileira¹³. A relação de frágil

¹² Acerca deste argumento, ressalte-se a obra **O Futuro da Democracia**, de Norberto Bobbio, que além deste aspecto, cita seis promessas que não foram cumpridas pelo sistema democrático, a despeito de toda a confiança que o autor italiano depositava neste regime político.

¹³ Assim, enuncia o artigo 77 da Constituição Italiana de 1947: “Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se

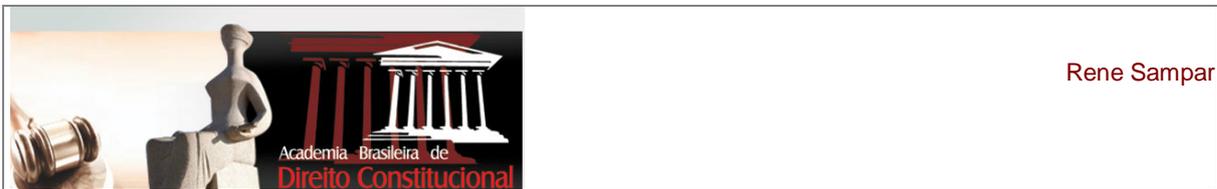


confiança política que se estabelece entre Executivo e Legislativo no sistema parlamentar é a tônica garantidora da cautela necessária à expedição dos atos com força de lei, o que não ocorre no sistema presidencial.

Ainda assim, instrumentos semelhantes à Medida Provisória são registrados em outros países que adotam o sistema presidencial. A outorga de parte da função legiferante ao Executivo é um fenômeno irretorquível em face da amplitude de atuação do Estado-providência, exigindo presteza e habilidade do administrador público. No presidencialismo, o Executivo sairá fortalecido pelo texto constitucional e no parlamentarismo, a predominância é do Legislativo. Em qualquer dos casos, o primeiro sempre será mais célere que o segundo, respondendo com maior presteza às necessidades do país. Segundo Jacques Chevallier (2009, p. 214-215), a predominância do Legislativo sobre os demais poderes fora posta em suspeição desde o final do século XIX por razões técnicas (a ampliação da complexidade das tarefas do Estado) e políticas (a crise democrática favorecendo a personalização do poder). O aumento do poderio do Executivo coincidiu com o declínio das Assembléias, cujo efeito foi a eliminação das três funções que garantiam a supremacia institucional do Parlamento: o poder soberano de elaborar as normas, deslocado para o Executivo; a perda da influência nas decisões orçamentárias; e ainda a obsolescência dos mecanismos de controle e responsabilização dos governantes. Todos estes fenômenos influenciaram também o Poder Judiciário a abandonar a função meramente exegético-silogística do texto legal e a precipitar-se na judicialização da política e no ativismo e garantismo judiciais.

No contexto jurídico nacional, a Medida Provisória representa apenas uma parcela de um complexo de subsistemas que estão sendo deturpados ou que sequer aplicados. Caso o nosso sistema de governo estivesse baseado em uma separação de Poderes estática e radical, seria meramente um culto à inoperância (SAMPAIO, 2007, p. 134). Todavia, a quebra da harmonia entre os Poderes do Estado deveria deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecer a unidade do sistema,

sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni". Em tradução livre: "quando em casos extraordinários de necessidade e de urgência o Governo adote, sob sua responsabilidade, Medidas Provisórias com força de lei, deverá apresentá-las no mesmo dia para sua conversão às Câmaras, as quais, inclusive achando-se dissolvidas, serão devidamente convocadas e se reunirão dentro de cinco dias".



o que não tem ocorrido. Nos termos de Luis Roberto Barroso (2008, p. 1), “o ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la”.

A despeito da situação de aparente desarmonia entre as funções, imperioso ressaltar a omissão legislativa que, caso não tenha sido a razão, contribuiu para esta conjuntura. O Poder Legislativo poderia ter operado uma regulamentação formal de parâmetros de relevância e urgência a partir da Emenda Constitucional 32/2001. Outro fator a ser mencionado: apesar de designadas pelo Presidente do Congresso Nacional, as comissões mistas encarregadas de verificar os requisitos formais e materiais da Medida Provisória não realizam a sua função parecerista¹⁴ (art. 62, § 9º), submetendo diretamente o texto da MP para votação, inviabilizando a aferição dos seus requisitos constitucionais.

Apesar de o Congresso ser competente para obstar a votação de medida provisória que viole os requisitos de relevância e urgência, desde a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, até 15 de fevereiro de 2007, somente nove medidas provisórias tiveram admissibilidade negada pelo Poder Legislativo (LIMA, 2007, p. 16).

Por sua vez, tendo como função precípua e indelegável a guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal permitiu a reedição de MPs e ainda se julgou incompetente para aferir os requisitos constitucionais, concorrendo com a permanência da situação. O princípio da mudança na crise que revolve o Poder Legislativo está em seu fortalecimento institucional, na sensata avaliação de José Afonso da Silva (2009, p. 83):

O equilíbrio dos poderes não estará no enfraquecimento do Executivo, retirando dele o que só a ele deve corresponder. Estará no aparelhamento do Legislativo para o exercício de suas funções com eficiência e presteza, nesse tipo de Estado em transformação. Um Estado forte há de ter instituições governamentais igualmente fortes.

¹⁴ Neste sentido: “Entretanto, a prática legislativa tem caminhado em sentido oposto, o certo é que as omissões mistas destinadas a emitir pareceres às Medidas Provisórias antes da apreciação por cada uma das Casas do Congresso Nacional, salvo raras exceções, não são instaladas, apesar de religiosamente designadas pelo Presidente do Congresso Nacional, nos termos do artigo 2º da Resolução n. 1, de 2002-CN” (NASCIMENTO, 2008, p. 39).



Este é o contexto espanhol, que também possui um instrumento legislativo semelhante a Medida Provisória. Tendo por base o sistema parlamentar e o regime monárquico, a Espanha conseguiu racionalizar a edição dos *Decretos-leyes*, previstos no art. 86 da Constituição de 1978¹⁵. O constituinte espanhol, assim como o brasileiro, claramente utiliza como fonte o art. 77 da Constituição italiana, mas vai além quando estabelece limitações materiais para a edição do decreto-lei, o que ocorreria apenas em 1988 na Itália (Lei nº. 400) e em 2001 no Brasil (Emenda Constitucional 32). Desde então, a Corte Constitucional não hesitou em interpretar as limitações impostas pelo legislador constituinte, concluindo pela existência de um bloco de constitucionalidade de impossível alteração via decreto-lei. Brasilino Pereira dos Santos conclui em seu amplo estudo a respeito das Medidas Provisórias que

Na Espanha, parece não ser problemático o uso do decreto-lei, porque, além de tratar-se de um Reinado, tendo o Rei a faculdade de dissolver o Parlamento e o Governo [...], os requisitos e limitações foram cuidadosamente postos na Lei Maior. E pelo visto, somente questões propriamente de Estado podem ser objeto de decreto-lei (SANTOS, 1993, p. 818).

Desta maneira, vê-se que no sistema espanhol o uso do decreto-lei ocorre de forma ordinária, uma vez que o Governo tem a necessidade de manter a confiança do Parlamento, respondendo solidariamente por sua gestão (art. 108)¹⁶.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhece-se a tendência atual de concentração de atribuições políticas e legiferantes no Executivo, pelos motivos expostos. A teoria da separação dos

¹⁵ Conforme reza o dispositivo: “*En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general*”. Em tradução livre: “Em caso de necessidade extraordinária e urgente, o Governo poderá editar disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de Decretos-Leis e que não poderão afetar a ordem das instituições básicas do Estado, os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos regulados no Título I, o regime das Comunidades Autônomas ou o Direito Eleitoral nacional”.

¹⁶ Conforme reza o art. 108, “**El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados**”. Em tradução livre: “o Governo responde solidariamente em sua gestão política perante a Câmara dos Deputados”.



Poderes estática e legitimadora apenas do Legislativo na produção das leis se tornou inviável para os governos que precisam responder com agilidade e rapidez às intermináveis demandas sociais e políticas. Presente em inúmeras Constituições, o instituto da Medida Provisória é a resposta do legislador constituinte originário a esta dinâmica do Estado, cujas necessidades não se coadunam ao moroso processo legislativo. Convém ressaltar que esta espécie normativa emanada do Executivo deve ser submetida de imediato ao Legislativo que examinará seus requisitos, poderá apresentar emendas ao projeto inicial ou ainda rejeitá-la em votação no plenário. Por esta razão, o instituto da medida provisória não corrompe o equilíbrio entre os Poderes do Estado uma vez que seu controle pode ser feito tanto pelo Legislativo como também pelas vias judiciais.

Contudo, a prática da utilização das Medidas Provisórias demonstra que o Poder Executivo exerce influência proeminente e amplo controle acerca da atividade legislativa no Brasil. A despeito da crise que permeia a função legislativa, seu papel é fundamental para o desenvolvimento democrático da sociedade. Além de congregar representantes provenientes de todo o território nacional capazes de incorporar valiosos detalhes na legislação, o Congresso Nacional possui a valiosa função de fiscalizar a administração desenvolvida pelo governo. O absentismo dos Poderes em exercer efetivo controle sobre a edição das MPs impele o Estado brasileiro ao período pré-moderno da estrutura estatal, em que o “soberano” tinha ampla discricionariedade para atuar. A independência do Congresso Nacional para deliberar sobre os torrenciais assuntos clamados pela sociedade é causa imprescindível rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundamentos do Estado nacional.

REFERÊNCIAS

- AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.



BRASIL. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=9>. Acesso em: 08 ago. 2013.

BRASIL. **Regimento Interno do Senado Federal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em 08 ago. 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Assembleia Nacional Constituinte: 1987-1988**. Ata da Subcomissão do Poder Executivo. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Sítio eletrônico da Presidência da República. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/decretos-leis#content>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ESPAÑA. Constitución española. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

FILHO, Newton Tavares. Consultoria Legislativa: **Excesso na edição de Medidas Provisórias**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1605>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ITALIA. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/principi.html>>. Acesso em: 09 ago 2013.

ITALIA. Legge n. 400. **Sito di Governo italiano**. Disponível em: <http://www.governo.it/Presidenza/normativa/legge2308_400.html>. Acesso em: 11 ago. 2013.

LIMA, Ana Paula Magalhães Albuquerque. **As Medidas Provisórias e o seu uso para versar sobre crédito extraordinário**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/642>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

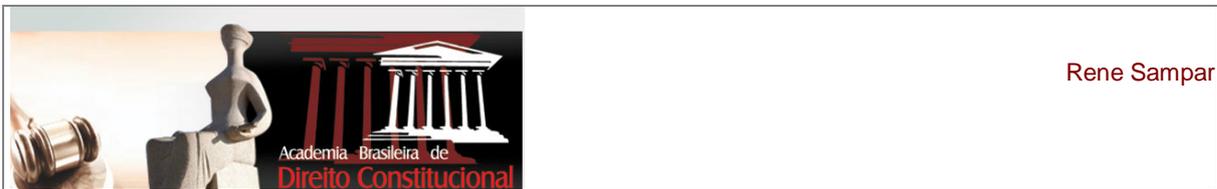
LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Revista Novos Estudos**. São Paulo: Cebrap, 2006 (n. 76).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Medidas provisórias: O Executivo que legisla: Evolução Histórica no Constitucionalismo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Reinaldo Sobrinho do. **Poder de agenda: a supremacia do Poder Executivo e seus efeitos na sistematização da pauta do Plenário da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2021>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. **Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na**



Elaboração do Orçamento Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais Dados. Rio de Janeiro**: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2002 (vol. 45, nº 2).

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A Medida Provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Brasilino Pereira. **As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil**. São Paulo: LTr, 1993.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.



JUÍZO DE CENSURA PENAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA¹

CRIMINAL CENSORSHIP RULING AND SYSTEM SELECTIVITY

Daryane Louise Goedert Onesco²

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar e compreender a possibilidade de se desenvolver a culpabilidade a partir do Estado no processo de criminalização no Brasil. Bem como, focar a parte geral do Direito Penal intercalando com a estruturação da sociedade atual, para que melhor possamos entender o crime, o ato criminoso e o juízo de reprovação. Compreendendo, assim, as condições sociais e psicológicas do autor do crime, quais suas tendências para determinados tipos criminais, assim como, a inclinação dos excluídos socialmente para a prática da criminalidade. Buscando, ainda, reavaliar o Direito Penal e todo seu traçado no que tange aos elementos do tipo penal e, em especial, da culpabilidade em alusão à raiz do comportamento social. Demonstrando que, em decorrência de sermos carentes de um Estado responsável e que proporciona uma adequada inserção social, este poderá responsabilizar-se pelo delito praticado. Cabendo, também, investigar a ordem social e a atuação estatal, através dos mecanismos pelos quais se cria a sociedade atual para o exercício de uma contra-seletividade. E, finalmente, diferenciar terminologias: co-culpabilidade e culpabilidade por vulnerabilidade.

Palavras-chave: Direito penal; Culpabilidade; Co-culpabilidade; Culpabilidade por vulnerabilidade; Sociedade.

Abstract

This work aims to analyze and understand the possibility of developing the guilt from the state in the process of criminalization in Brazil. As well as focusing on the general part of the Criminal Law merging with the current structure of society, so that we can better understand the crime, the criminal act of disapproval and judgment. Understanding thus the social and psychological conditions of the offender, what their tendencies toward certain types of criminal offenses, as well as the slope of the socially excluded to practice crime. Seeking also reassess the Criminal Law and throughout its route when it comes to the elements of the offense and in particular culpability in allusion to the root of social behavior. Demonstrating

¹ Trabalho submetido em 04/12/2012, pareceres finalizados em 08/03/2013 e 28/07/2013, aprovação comunicada em 05/08/2013.

² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba. E-Mail: <nane_onesco@hotmail.com>



that, as a result of being deprived of a responsible state and providing an adequate social integration, it may be responsible for the crime committed. Fitting also investigate the social order and state action, through the mechanisms by which creates the current society to pursue a counter-selectivity. And finally, differentiate terminologies: co-guilt and culpability for vulnerability.

Keywords: Criminal law; Culpability; Co-guilt; Guilt by vulnerability; Society.

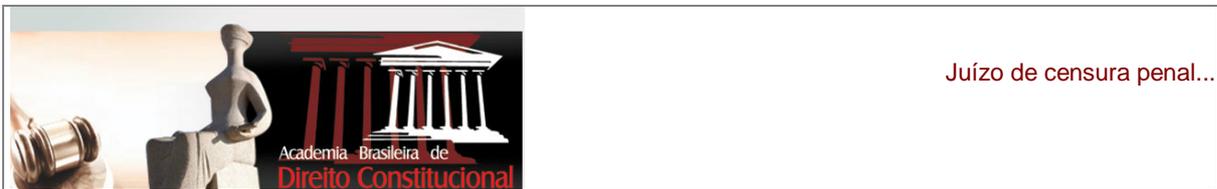
INTRODUÇÃO

Tem como objeto de pesquisa a omissão do dever de agir do Estado e sua parcela de responsabilidade nos crimes. Partindo da conceituação da culpabilidade em matéria penal e da análise do descaso do Estado Brasileiro com sua população, sobretudo com aqueles de baixa renda com destaque para a presença da criminalidade de referida classe social e da criminalidade urbana, como um todo. Tratar-se-á aqui do caráter seletivo do sistema penal.

Tem por objetivo analisar e compreender a possibilidade de se desenvolver a culpabilidade a partir do Estado no processo de criminalização no Brasil, bem como buscar compreender as possíveis respostas para essa problemática, por meio de se tentar saber como se apresenta o combate à criminalidade. Para tanto, inicialmente, faz-se necessário pensar no agente criminoso como aquele que sofre pela ausência de atividades qualificadas das instituições estatais, no que diz respeito à segurança pública, medidas de punição, administração de conflitos e diminuição de desigualdades sociais. Em que pese, se almeja desvendar maneiras para que o Brasil busque um sistema penal menos seletivo.

De modo a analisar a importância da conscientização da sociedade brasileira sobre a sua realidade social, buscando entender os meios pelos quais se legitimam suas garantias fundamentais perante o Estado.

Diante do exposto, iniciaremos com a análise da reprovabilidade na qual incide o conceito normativo do elemento culpabilidade até a análise da crise que o Direito Penal vem enfrentando e as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa.



1 JUÍZO DE CENSURA PENAL

Como esclarecedores do fundamento material de juízo de culpabilidade, existem dois tipos nomeados pela doutrina penal majoritária, o indeterminista, em sendo aquele baseado no livre arbítrio do agente, e o determinista, em sendo naturalista.

Já que a noção de culpabilidade se emprega do notável crescimento do juízo de reprovabilidade com feitiço de se impor ao sujeito pela realização de um injusto penal no momento em que poderia ter tido conduta diversa, a dogmática tradicional norteia-se em harmonia com o primeiro tipo penal – indeterminista – que imputa ao sujeito a faculdade de autodeterminar-se. Todavia, tal teoria é alvo de críticas e pode vir a tornar a culpabilidade um conceito abstrato em decorrência de uma impossibilidade de se distinguir perfeitamente se as ações foram livres e voluntárias.

1.1 Notas sobre a culpabilidade

Sendo o grau de culpabilidade entendido como a medida de dosimetria da pena. Encontramos diferentes percepções acerca do conceito de culpabilidade na adjetivação da conduta, na teoria do delito, na teoria da pena e, também, na fundamentação de sua aplicabilidade judicial. Onde, segundo pondera Ferrajoli, os modelos deterministas originaram uma crise regressiva na concepção e no conteúdo da culpabilidade, ocorrendo tanto em sua substituição alternativa pelo conceito de periculosidade do réu quanto na elaboração de demais formas de qualificação da personalidade do agente.

Assim, as

ações conflitivas de gravidade e significado social muito diversos se resolvem por via punitiva institucionalizada, mas nem todos os que as realizam sofrem essa solução, e sim unicamente uma minoria ínfima deles, depois de um processo de seleção que quase sempre seleciona os mais pobres; outras ações conflitivas se resolvem por outras vias institucionalizadas e outras carecem de solução institucional; a solução punitiva (eliminatória ou retributiva) é somente uma alternativa que exclui a possibilidade das outras formas de resolver conflitos (reparatória, terapêutica e conciliatória). Como se não bastasse isso, ações que abrem a possibilidade de solução penal de maior gravidade são cometidas pelos próprios Estados que institucionalizam tais soluções. (CARVALHO; CARVALHO, 2001, p. 38).



Portanto, há de se reconhecer três conceituações acerca de culpabilidade: primeiramente, falamos de culpabilidade como fundamento da pena ao fato típico e antijurídico produzido por um autor, sendo necessária a consciência de ilicitude do fato, somado a capacidade de culpabilidade e a exigibilidade de conduta diversa (em conformidade com a lei), onde a falta de constatação de qualquer um desses requisitos descaracteriza a aplicação da sanção prevista no ordenamento penal; em segundo plano, o conceito de culpabilidade como elemento atuante da limitação de medição da pena, por excesso de fatores determinantes; em terceiro, e último lugar, a culpabilidade como ente através do qual se identifica e delimita a responsabilidade individual e subjetiva do agente, ou seja, evita a atribuição de responsabilidade objetiva quando carece de comprovação de dolo ou culpa.

Como se sabe, o delito é aquela ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, isto é, uma adequação a um tipo de injusto censurável e que não se justifica. Frisa a culpabilidade, a capacidade do indivíduo de responder pelas consequências de seus próprios atos.

De todo modo, sem que haja a tipicidade e a ilicitude, não há que se falar em culpabilidade; ainda que se possa existir ação típica e ilícita inculpável. Assim, “devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria” (PRADO, 2010, p. 378).

É o crime como ação típica e antijurídica que recebe a atuação da culpabilidade como pressuposto da pena.

É o juízo de censura (reprovação pessoal) do agente que deixou de agir conforme esperado pela norma quando podia fazê-lo pelo seu poder de vontade; constituindo-se assim como fundamento que limita a pena.

Diante de tal disposição, percebemos que se faz presente a dicotomia entre a culpabilidade de ato e a culpabilidade do autor.

Sabendo que a culpabilidade é juízo de reprovação, de censura penal, inicialmente, precisamos ter em mente os conceitos de livre-arbítrio e determinismo. O primeiro alega que todo homem é moralmente livre para fazer suas escolhas, fundamentando a responsabilidade penal na responsabilidade moral e na vontade



de cada um; o segundo, por outro lado considera que o homem não detém de forma soberana essa liberdade de escolha, podendo ser influenciado a cometer o delito por fatores internos e externos.

Assim, o Direito Penal de Fato verifica a conduta (fato) praticada pelo indivíduo, enquanto o Direito Penal de Autor se porta a analisar o agente que cometeu o fato, se julga quem e o que ele é e não o que fez.

Em decorrência disso, a Culpabilidade de Ato ao considerar a capacidade de autodeterminação do homem se mostra como a reprovação da prática do delito e a Culpabilidade de Autor simplesmente reprovam o homem e sua personalidade em função do injusto.

Todavia, a Culpabilidade de Ato se opõe a Culpabilidade de Autor e não legitima o exercício do poder punitivo estatal, conquanto se tem a sua seletividade, devendo ser utilizado como limite da punição.

Daí que, aparentemente, o ideal seria uma união de ambas, de forma que a reprovação se dê pelo fato, mas que haja uma dada consideração da pessoa do autor.

1.2 Culpabilidade como princípio

É de fundamental importância a compreensão de que não há pena sem culpabilidade – *“nulla poena sine culpa”* – e, conseqüentemente, que a medida da pena não pode exceder a medida da culpabilidade.

Destarte, como expressão de justiça material do Estado Democrático de Direito, temos a proporcionalidade na culpabilidade como marco de limite da responsabilidade penal e sua fundamentação, se projetando para além de simples relações entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta.

Segundo Luiz Regis Prado (2010, p. 103), o princípio da culpabilidade “diz respeito ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano” vinculando-se ao Princípio da Igualdade ao proibir tratamentos iguais ao culpável e ao inculpável. Abarcando, do mesmo modo, o Princípio da Responsabilidade Penal Subjetiva como parte de seu conteúdo material, ou seja, não é possível responsabilizar



criminalmente, em decorrência de uma ação ou omissão, aquele que agiu sem dolo ou culpa, conforme redação dos artigos 18 e 19 do Código de Penal.

Pelo Princípio da Culpabilidade se atribui a subjetividade da responsabilidade penal, e a personalidade da responsabilidade penal.

Nilo Batista nos diz que “não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade” (PRADO, 2010, p. 104).

Por responsabilidade penal subjetiva se entende que a consequência jurídica deve se moldar à desvalorização da conduta dolosa ou culposa, afastando a responsabilidade penal objetiva e fazendo com que o indivíduo delituoso responda pela causa material do evento; o que não se confunde com a responsabilidade pelo fato de outrem.

Como o Direito Penal apenas pune fatos, e não o psicológico, se estabelece uma responsabilidade por fato próprio contrariando um Direito Penal de autor edificado no caráter pessoal ou modo de vida do mesmo.

Da esfera da personalidade da responsabilidade penal resultam a intranscendência e a individualização da pena.

Da primeira decorre o impedimento de que a pena ultrapasse o autor do crime, de modo que a responsabilidade penal seja sempre pessoal, e da segunda deriva a exigência de que a aplicação da pena leve em consideração aquela pessoa concreta à qual se destina, ou seja, trata-se especificamente da individualização judicial.

2 DAS PENAS

Para melhor entender a origem das penas e do direito de punir é preciso se fazer uma análise histórica. Entendendo como marco inicial da legislação o agrupamento dos homens que, cansados de temer a conservação de sua liberdade diante de inimigos, se agruparam e dispuseram em nome da segurança parcelas de sua liberdade. Como bem dito por Cesare Baccaria, “ninguém faz graciosamente o



sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público”. Fazia-se presente a necessidade de proteção do particular e a criação de meios para tanto; “tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis” (BECCARIA, 2008, p. 18).

Assim, a necessidade fez o homem sacrificar em parte sua liberdade, e do agrupamento dessas parcelas de liberdade se fundou o direito de punir.

Como o Direito Penal é Direito Coletivo, este apresenta no corpo de sua legislação um rol de bens jurídicos tutelados que visam a proteção e a regulação de relações e interesses entre o indivíduo e a sociedade. Em decorrência disso, o Direito Penal atribui sanções às condutas que possam vir a lesar essa relação.

Ao se objetivar promover a paz social, se protege do perigo ou do ataque de lesão os bens jurídicos: da vida, da liberdade, da entidade familiar, da saúde, da honra e outros que são fundamentais à sociedade.

Portanto, aquela pena que ultrapassa a necessidade da salvaguarda pública é de natureza injusta. Disso transcorre o entendimento de as penas de cada crime, ou infração, somente podem ser indicadas pelas leis penais estabelecidas pela figura do legislador que traduz o contrato social ao qual a sociedade se liga.

E é em prol do interesse público que cada cidadão adquire obrigações para com a sociedade e vice-versa, afinal, o contrato tem natureza bilateral, de maneira que obriga igualmente as partes contratantes.

Na era clássica, além de dano produzido e da regra quebrada, a infração prejudicava o direito de se fazer valer a lei.

Independentemente da atual evolução do Direito e das garantias constitucionais, podemos afirmar que o Direito Penal institui-se de valores para a manutenção da culpabilidade por meio de um exame moral do sujeito.

As relações entre culpabilidade e pena constituem matéria polêmica, que integra a teoria do crime, onde a estrutura e as funções dogmáticas da culpabilidade, seja na economia do crime, seja na fundamentação da pena, são minuciosamente examinadas (BATISTA, 2010, p. 102).



Assim sendo, o princípio da Secularização é totalmente aceito pela dogmática como limitador da atividade legislativa e caracterizador do princípio da taxatividade, uma vez que se instrumentaliza pelas normas constitucionais.

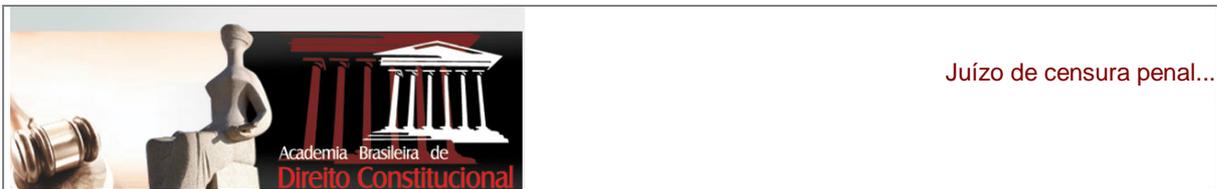
Já em atenção ao Princípio da Intervenção Mínima, podemos identificar a pena, como já diria Roxin, em sendo a “intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado”. Em outras palavras, podemos dizer que o Estado no caso da existência de outros meios jurídicos não-penais deve recorrer a estes para garantir uma proteção, e não recorrer primeira e diretamente ao direito penal e suas gravíssimas sanções.

A pena seria uma “solução imperfeita”.

Começa a se dar um maior enfoque à crise da sanção penal.

A pena chamada a intimidar não intimidava. A delinquência era uma consequência natural do aprisionamento. A tradicional função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta não se cumpria, ao contrário, provocava a reincidência. Enfim, a prisão fracassava em todos os seus objetivos declarados. É quase unânime, no mundo da Ciência Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade. Muñoz Conde acredita que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade dos nossos dias. A pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre homens. Invocando a conhecida afirmação do projeto Alternativo Alemão, lembramos que a justificativa da pena não é uma questão religiosa nem filosófica, e sim “uma amarga necessidade de seres imperfeitos” (BITENCOURT, 2009, p. 478).

Não é tarefa fácil a situação exata da origem da pena, o que dificulta a apresentação de uma ordem cronológica. Mas é na Idade Moderna, caracterizada pela extensão da pobreza, que se iniciou um movimento com o qual se desenvolveu as penas privativas de liberdade contra os “vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores” (BITENCOURT, 2009, p. 475). Na qual a suposta finalidade era corrigir a delinquência por meio de disciplina e trabalho, relacionando-se assim à prevenção geral.



2.1 Funções não declaradas da pena

O penalista Zaffaroni nos diz que a pena não pode buscar outro propósito que não busque também a lei penal e o direito penal em geral. Diante de seu objetivo de prevenir futuras condutas delitivas, a pena deve sempre almejar a segurança jurídica.

Contudo, a pena, tendo como finalidade garantir bens jurídicos de uma sociedade e reforçar a segurança jurídica, acaba por afetar bens jurídicos do indivíduo delituoso, como por exemplo, na sua liberdade (quando nas penas privativas de liberdade) e no seu patrimônio (quando da multa). Não obstante, a coerção penal deve encontrar limites para que ela mesma não venha danificar o ideal de segurança jurídica da sociedade.

Se a pena tem por finalidade a justiça, a toda e qualquer ofensa ao bem jurídico pela sociedade elegido deverá ser imposto um castigo; mas se o fim da pena é o de procurar desviar os indivíduos da prática criminosa, devemos nos perguntar sobre a necessidade e a eficiência da punição a ser cominada. “Constitui-se assim o direito penal como um sistema descontínuo de ilicitudes” (BATISTA, 2010, p. 86).

Assim, num conjunto de leis escritas, a sociedade jamais poderá seguir uma forma de governo fixa em que a força seja dominada pelo corpo político e não por aqueles que o compõem. Não se poderá adotar uma forma de governo em que as leis não possam ser modificadas ou apagadas frente ao choque com os interesses particulares, nem quando não há a possibilidade de serem reformadas pelo consenso unânime.

É de conhecimento geral que a pena apresenta como principal função não declarada o controle social, ou seja, a pena acaba por se sustentar como o importante instrumento de controle social das classes subalternas.

É, portanto, função do Direito Penal procurar reduzir os antagonismos – existentes entre os bens jurídicos de um em contraponto com os de outro – em prol de uma igualação de tutela. Todavia, esse ideal de bem jurídico tutelado em prol de uma vida humana digna em sociedade nos é dito pela classe privilegiada que aponta as vítimas preferenciais do sistema penal.



Em meio a esses termos, o sistema penal se estrutura na violência, na marginalização e exclusão social. Nada mais somos do que uma sociedade excludente, de seleção autoritária e ilegítima, ainda que se apresente todo um rol de justificativas funcionais e de legitimidade, a lei que elaboramos em prol do bem-estar social, do povo e dos mais fracos, infelizmente já nasce fadada ao descumprimento.

3 SELETIVIDADE

No que tange aos seus interesses, a sociedade vive em constante contradição. De modo que para que os seus membros possam conviver é preciso que se adote um consenso, que se viva em simetria, ou seja, é preciso que se imponham limites individuais a serviço dos coletivos por meio de um controle.

Das modalidades de controle, aquele que oferece mais destaque quanto ao seu ideal é o Direito Penal, utilizando um conjunto de normas aptas a moldar os interesses individuais em favor dos coletivos, e, no caso de sua desobediência, impor-lhes uma sanção. Assim, a pena não deve retribuir o injusto penal nem sua culpabilidade, mas deve se relacionar com ambos, de modo a garantir a segurança jurídica ao invés de afrontá-la.

Contudo, temos encontrado aqui um grande problema: as cominações penais acabam por recair preferencialmente sobre determinados indivíduos de determinados grupos da sociedade.

Aparentemente, os indivíduos vulneráveis e que supostamente estão suscetíveis às condutas desviantes já vem elencados pelo próprio ordenamento penal.

Segundo Nilo Batista, em *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, como exemplo da manifestação do caráter classista da legislação penal, podemos citar a sua omissão diante da carência de elaboração de leis e punições aos crimes que podem ser praticados por membros da classe social dominante.

Nessa linha, é possível notar que o caráter do Sistema Penal, infelizmente, se pauta na estigmatização e na seletividade.



Podemos, então, começar a entender a seletividade como uma consequência lógica da estigmatização. Essa última se dá por meio da demarcação de símbolos, ou marcas – de estigmas, como o próprio nome já diz –, que rotulam certos indivíduos em razão de sua condição social, grupo social ao qual pertence, comportamento, nível de escolaridade e de tantas outras situações imagináveis.

Aqueles aos quais se impõem os rótulos são tidos como ameaças ao restante da sociedade. Conseqüentemente, o sistema penal aumenta essa estigmatização ao marcar o indivíduo ainda mais e dificultar a sua reinserção social. Esses estereótipos criados pela classe dominante fazem com que a pessoa marcada, por se encontrar num chamado estado de vulnerabilidade, tenha que evitar a sua posição como possível indivíduo desviante.

Destarte, a etiqueta dada a certos indivíduos através da seleção manifesta em si o processo de criminalização através do senso comum punitivo.

O criminoso é simplesmente aquele que se tem como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem poder de etiquetar (teoria do etiquetamento ou labelling theory) e o que sofre o etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização (ZAFFARONI, 2010, p. 320).

Podendo se citar como principal processo social criador do etiquetamento e da criminalidade, os agentes do Estado (polícia, MP e tribunais), podendo, ainda, denomina-los como “filtros” de uma sociedade desigual.

Observa-se, então, em caráter mundial, que sociedade divide-se por raça, cultura, religião e classe social. E no Brasil, é notável a divisão da concentração de riqueza e da carência, é notável a desigualdade política e social desses grupos.

Essa realidade da sociedade excludente é facilmente reconhecida no sistema penal pátrio, desde o momento de criação das leis até na aplicação das mesmas e de suas respectivas sanções por parte da polícia e do judiciário, conquanto as relações sociais são refletidas no sistema penal que se mostra contrário ao seu ideal fundamentador: o bem-estar da maioria.



3.1 Seletividade do sistema penal

O Sistema penal compõe-se de um fim que visa garantir a ordem social atuando como reflexo da política e dos valores numa dada sociedade.

Porém, sabe-se que este se impõe para a classe social em face dos desejos e interesse de uma classe mais abastada que escolhe os valores a vigir. Destacando, assim, o seu direcionamento aos marginalizados e a sua proteção ao patrimônio privado daqueles privilegiados. De forma a contrariar a igualdade e a legalidade processual e penal, e afirmando o poder de uma escala social seletiva que age arbitrariamente sobre os setores vulneráveis.

Essa seletividade se apresenta nos órgãos legislativos e executivos. Onde os juízes não adentram no mundo do acusado e não se sensibilizam com sua realidade.

De modo que o sistema penal se pauta na própria lei arbitrária, que se distancia da realidade; podendo se afirmar que o sistema penal é feito de normas jurídicas abstratas, de demonstrações da falsidade da legalidade processual do discurso jurídico-penal, por meio do qual os órgãos executivos possuem um vasto campo lacunoso que permite que se possa exercer poder repressivo sobre os cidadãos, operando, segundo Zaffaroni, quando e contra quem decidem.

De maneira que acabam por agir norteados por preceitos e preconceitos de índole social, cultural, racial, econômico, entre outros, que mantem a exclusão social e a marginalização. O sistema penal age e atua em disformidade com seu discurso criador, reprimindo os indivíduos vulneráveis e, na medida em que se reduz á função punitiva, solidifica a exclusão social ao se prestar que cada indivíduo permaneça “em se lugar”.

Assim, é possível notar que, aparentemente, há um interesse em se enfraquecer a força política e expandir a econômica a partir de uma realidade ilusória, e não fática, a qual permite a dominação do mais forte sobre o mais fraco, do rico sobre o pobre, daquele que seleciona, rotula e repreende.

A circunstância de se perceber como a totalidade do poder do sistema o que não passa de mínima parcela do mesmo – e exatamente aquela que serve de pretexto para um verdadeiro exercício de poder – não deixa de ser



um dos traços perversos do discurso de justificação do sistema penal. Uma das facetas perversas do discurso jurídico-penal consiste, portanto, em mostrar o exercício total de poder do sistema penal como esgotado neste ínfimo e eventualíssimo exercício que configura o denominado “sistema penal formal”.

Em síntese, e levando-se em conta a programação legal, deve-se concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariedade seletiva, porque a própria lei assim planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplísimos âmbitos de controle social punitivo (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

A parcela da sociedade que usurpa o poder favorece a reprodução da realidade que mais a beneficia e a proclama até que seja internalizada pelo restante da sociedade, mas para que se exerça a internalização esta precisa se adaptar ininterruptamente ao corpo social.

Onde a legitimação do sistema penal seletivo decorre da verdade produzida por seu discurso justificador, instigando a própria prática do crime e o aumento da violência. Com isso, ocorre uma tamanha distorção da realidade de modo a se justificar sua implementação.

Diante dessa reprodução, os indivíduos carentes se tornam clientes do processo de seleção criminalizante orientada pelos estereótipos.

Nas palavras de Zaffaroni:

Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses estereótipos, atribuindo-lhes e exigindo-lhes esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente, a resposta adequada ao papel assinalado.

Como é natural, nem todas as pessoas respondem a esta malícia humana da mesma maneira. O estereótipo alimenta-se das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos e, embora a seleção seja preparada desde cedo na vida do sujeito, é ela mais ou menos arbitrária. Os sujeitos mais sensíveis às demandas do papel formuladas pelas agências dos sistemas penais são os mais imaturos, ou seja, os que possuem menor independência a respeito de sua adequada distinção em relação aos objetos externos. A maior sensibilidade às demandas do papel relaciona-se diretamente com a possibilidade de invasão que o indivíduo ofereça. (ZAFFARONI, 2001, p. 133-134).

Como consequência da seleção e de seus processos, se apresenta a criminalização. Esta sucede de três fases, quais sejam: a criação de tipos penais; a atuação da Polícia, do Executivo e do Judiciário; o ingresso dos indivíduos na prisão.



Nos permitindo dizer que ocorre uma transformação na identidade do indivíduo ao ser marcado como desviante e uma inclinação a permanecer como tal.

Assumindo o personagem, a pessoa colabora para a conservação do sistema penal que atua fantasiosamente para a proteção da ordem social e que cria obstáculos para uma melhoria e efetivação da igualdade social.

Por todo o exposto, concluímos que o discurso com o qual se justifica o sistema penal rotula, seleciona, excluiu e distorce a realidade.

4 RESPOSTAS À SELETIVIDADE

4.1 Co-culpabilidade

Em sede de críticas ao ordenamento penal e sua tendência a reprovar com a mais intensidade os dominados do que as pessoas que ocupam diferentes lugares na sociedade, em especial em razão da situação econômica, nasce a Co-culpabilidade.

Destarte, reprovar individualmente pelo ato delitivo do autor do delito somente seria aceitável quando houvesse uma satisfação mínima de direitos fundamentais do cidadão pelo Estado, do contrário se estabeleceria desigualdades materiais.

No campo da individualização judicial, consideração da pessoa do delincente, o que se tem como a chamada co-culpabilidade, trata de se considerar, na esfera da essência da culpabilidade que é o juízo de reprovabilidade, a real experiência social e as oportunidades com que os réus se deparam, bem como a assistência que a eles foi ofertada, a fim de se fazer uma correlação entre a sua própria responsabilidade e entre uma responsabilização geral do Estado que o penaliza.

Por conseguinte, conforme preleciona Nilo Batista, “em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu... O direito realmente igual – anota Cirino – ‘é o que considera desigualmente indivíduos concretamente desiguais’” (BATISTA, 2010, p. 105).



Daí que a autodeterminação e o livre-arbítrio do homem, pautados pela culpabilidade de ato não podem ser seus únicos fundamentos, porque devemos lembrar que não são todos que possuem uma maior capacidade de autodeterminação.

O limite máximo de punição indicado pela culpabilidade de ato, levando-se em conta o dado da seletividade, é analisado na chamada co-culpabilidade, que vem a apontar a parcela de responsabilidade a ser atribuída à sociedade quando do cometimento de certas infrações penais por seus membros.

A co-culpabilidade tem como fundamento a inexigibilidade de conduta diversa dos socialmente excluídos pelo Direito Penal e pela sociedade, devido às suas condições de vida adversas. Afinal, a precariedade econômica desses indivíduos, como já visto, a sua possibilidade em nosso ordenamento, deve ser priorizada como atenuante na cominação da pena.

Essa satisfação de direitos sociais e econômicos são postulados do Estado Democrático de Direito que devem ser levados em conta quando da aplicação da pena, ao se constatar uma relação entre o cometimento do crime e a omissão estatal na disponibilização de recursos.

Assim,

o princípio da co-culpabilidade pode ser vislumbrado na seguinte proposição: Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte de culpabilidade – da reprovação do fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas... Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou a outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que lhe ofereceram. (CARVALHO; CARVALHO *apud* ZAFFARONI, 2001, p. 72).

De modo a gerar consequências práticas na aplicação da pena e no processo penal, mas atentando-se ao fato de não se vitimizar demasiadamente o criminoso e inverter a sua finalidade central: que é diminuir a seletividade e proteger os direitos fundamentais. Para que as punições se deem de forma proporcional e racional e não mais seletivamente e marginalizante.



Ou seja, o Estado, através de sua participação indireta é corresponsável pelo cometimento do delito, devendo sempre buscar mecanismos que diminuam a criminalidade em prol do verdadeiro bem comum. “Na realidade, não se trata de uma responsabilização penal do Estado, mas apenas se reconhece sua inoperância em cumprir seus deveres, o que, em contrapartida, gera uma menor reprovação social ao acusado.” (MOURA, 2006, p. 40).

Objetivando-se a extinção da exclusão social através do princípio da igualdade substancial como fim de uma pena mais justa que se amolde as circunstâncias sociais que motivaram o delito.

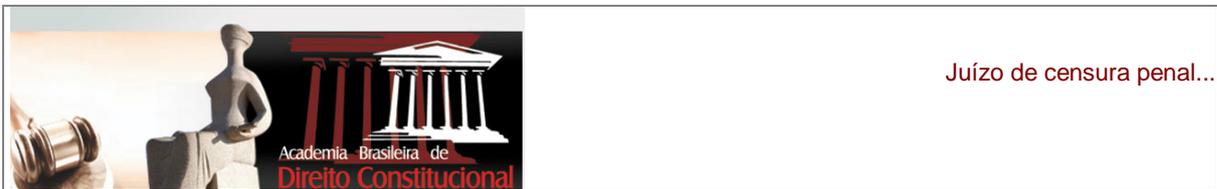
A co-culpabilidade guarda, ainda, relação de consequência legal da teoria criminológica da anomia de Robert Merton, como reconhecimento da diminuição da reprovação penal pela falta de acesso ao Direito e seus meios institucionais.

Logo, a co-culpabilidade é uma tentativa de reconhecer e amenizar a maior pressão que surge sobre as classes sociais menos favorecidas, na esteira do que propõe Merton em sua teoria da anomia.

A diminuição da consciência da ilicitude também é um fator que advém do uso constante dos meios ilegítimos por determinada classe, além do fato de ser um produto da inacessibilidade do direito a essas pessoas. É certo que a exclusão social gera a exclusão do conhecimento do Direito. Se o estado não leva aos cidadãos o mínimo de conhecimento, bem como direitos fundamentais como saneamento básico, habitação, educação, saúde, segurança pública, dentre outros, não levará, com maior razão, o conhecimento das normas jurídicas. Dizem-se normas jurídicas porque elas são inseridas por Merton entre os meios inconstitucionais. Logo, o estado não leva e não tem interesse de levar o conhecimento dos meios institucionais aos cidadãos socialmente excluídos, com o objetivo claro de manter os padrões predeterminados pela classe dominante. (MOURA, 2006. p. 54).

Contudo, o termo co-culpabilidade não deve ser tomado como culpa penal do Estado, uma vez que o Estado não é capaz de cometer crimes e sofrer suas respectivas sanções. Devemos nos atentar ao fato de que, como detentor do *jus puniendi*, o Estado não possui consciência e vontade próprias, bem como os demais elementos necessários para a prática de um delito; entendido de forma contrária, o Estado acabaria por se autopunir.

No que tange à seletividade do Sistema Penal, a co-culpabilidade pode ser vista como um fator propício a sua correção, concretizando a responsabilidade social na seleção de bens jurídicos a serem protegidos e do interesse da punição.



Repercutindo numa reprovação social e penal do agente mais justa possível, e numa reprovação indireta da própria sociedade e do estado da qual faz parte tendo em vista a sua marginalização estigmatizante. Sendo possível reconhecer a diminuição do poder de autodeterminação do homem em vias em que a sociedade e o Estado o colocam barreiras para tanto.

Apesar de não corrigir a seletividade por inteiro, mostra-se com um dos caminhos para a sua eliminação, aproximando o Direito Penal e seu sistema da igualdade material.

A co-culpabilidade vem sido afastada para dar lugar à Culpabilidade por Vulnerabilidade, pois a segunda se volta para o indivíduo que se encontra como aquele que tende a ser atingido pelo processo de criminalização, enquanto a primeira se atenta ao Estado e sua parcela de responsabilidade, aludindo ao ideal de que a criminalidade é efeito da pobreza.

4.2 Culpabilidade por vulnerabilidade

Como forma de se superar os problemas da Co-culpabilidade, o penalista argentino, Eugenio Raúl zaffaroni, vem desenvolvendo, desde o final da década de 80, o conceito de Culpabilidade por Vulnerabilidade.

Trabalhando com a dicotomia existente entre a Culpabilidade de Ato e de Autor ao não ignorando a personalidade do autor e sua conduta, surge a atribuição da vulnerabilidade pessoal à culpabilidade adequada ao injusto.

O doutrinador, para construção da referida tese parte da crise em que se encontra a culpabilidade, onde

A seletividade operativa do sistema penal e o uso da pena como instrumento reprodutor da violência e legitimador de um exercício de poder (muito mais amplo e estranho ao poder dos juristas) mostram hoje claramente que as razões éticas – essência da reprovação de culpabilidade – não são mais que meras recionalizações, com o que a reprovação mesma resulta deslegitimada.

A atual tentativa de superação deste obstáculo mediante a funcionalidade implica o retorno a um novo conceito descritivo de culpabilidade, manipulado como “verdade funcional”, que não faz mais que confessar sua deslegitimação ao reduzir o homem a um simples meio a serviço do equilíbrio do “sistema” poder).



Esta crise, que se observa em todo o direito penal, veio à tona com singular clareza na culpabilidade, que não em vão tem sido o mais distorcido dos “caracteres do delito”. O maior indício da crise é a renúncia à culpabilidade como reprovação e sua reformulação como critério político-criminal útil ao serviço do “sistema”. (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Como relação intrínseca entre a vulnerabilidade e a seletividade, podemos entender a situação na qual o indivíduo se coloca quando é selecionado pelo sistema penal e o modo de se utilizar essa seleção como meio justificador do exercício do poder por parte dos agentes do Estado, pois acaba sendo “o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente” (CARVALHO; CARVALHO, 2001, p. 86).

Surgindo como medida de redução da punição por parte do Estado, a culpabilidade por vulnerabilidade pode ser colocada como nível máximo da violência que nos é aceitável. Com a qual a clássica culpabilidade é reduzida em seu limite do injusto. Não devendo, de maneira alguma, apresentar caráter mais rigoroso do que sua original aplicação.

Não se deve, ainda, ignorar as características sociais do autor do crime, de forma a utilizá-las contra a seleção do poder punitivo repressivo.

Podendo ser, tal tese, abordada no ordenamento penal pátrio em busca de um Sistema Penal menos classista e mais próximo da realidade em que nos encontramos. Diz-se que é grande a sua possibilidade de amenizar a seletividade inerente ao nosso sistema.

Ou seja, a culpabilidade por vulnerabilidade se atenta à seletividade no âmbito em que se verifica um esforço considerável do agente para se aproximar da situação vulnerável. Pois que se compõe de aspecto seletivo criminalizante, abarcando em si a situação na qual o indivíduo se porta ante ao sistema penal; autodeterminação do sujeito no momento em que ia cometer o crime.

A vulnerabilidade (ou o risco de seleção), como todo perigo, reconhece graus, segundo a probabilidade de seleção, podendo estabelecer-se níveis, conforme a situação em que se tenha colocado a pessoa.

Esta situação de vulnerabilidade é produzida pelos fatores de vulnerabilidade, que podem ser classificados em dois grandes grupos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade.



A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu.

O esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do “injusto” é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia. (ZAFFARONI, 2001, p. 270.)

Ainda nas palavras do ilustre doutrinador, Zaffaroni, a condição de vulnerável é um fato que acaba por decorrer do status social e econômico da pessoa, mas que não é puramente um conceito classista, pois também decorre de demais circunstâncias externas para a análise da periculosidade por parte do poder punitivo, como por exemplo: aspectos étnicos, morais e da modalidade dos estereótipos. Uma vez que, restringi-la ao exame de classe seria uma deformação à realidade em que vivemos.

O estado de vulnerabilidade (periculosidade do poder punitivo em razão de status) é um fato que se traduz em certo grau de probabilidade. O erro no caso individual (um fato estatístico que representa somente uma probabilidade) não pode objetar-se aqui porque, ao contrário da periculosidade positivista, justamente não reprova à pessoa, somente se lhe desconta, pelo qual não fere nenhuma garantia. A verificação pode se levar a cabo com recursos técnicos que oferecem margens bastantes seguras de resposta: é possível tomar em conta a sobre-representação de grupos, pessoas, coletividades, etc., na criminalização e estabelecer a dosimetria com precisão. Isto não converte a culpabilidade por vulnerabilidade em um conceito descritivo, porque só serve para medir o esforço pessoal do agente para ficar vulnerável e, por tal motivo, não passa de ser um fato que deve ser valorado, como sempre sucede na construção da conexão punitiva. (ZAFFARONI, 2010, p. 10).

Assim, quanto mais limitada a pessoa estiver devido a sua posição vulnerável, pela atribuição de estereótipos, menos autonomia pra a execução do injusto essa pessoa terá.

Por meio de se reconhecer diversos níveis de vulnerabilidade, almejamos alcançar um Direito Penal menos desigual, norteados pela isonomia, pela ética e por um verdadeiro bem-estar social que chegue a todos, reduzindo o exercício de poder que seleciona e criminaliza.



Pautando-se na restrição do poder estatal, a vulnerabilidade propõe a culpabilidade pelo ato, e serve-se como grau máximo de violência aceitável, sendo proporcional ao limite da culpabilidade pelo injusto.

A escolha da culpabilidade pela vulnerabilidade como regra não é arbitrária, porque além de ser razoável (pareceria que o sacrifício ético é menor quando se ocupa menos dos que mais agem para neutralizar sua própria ação limitadora da violência) nos fatos, quanto maior for a culpabilidade pela vulnerabilidade, menor é o espaço decisório deixado à agência judicial, pois as demais agências e, especialmente, o formidável aparato de propaganda do sistema penal, com sua invenção da realidade, ocupar-se-iam de aniquilar a agência e suas legítimas tentativas limitadoras, sustentando seu exercício de poder deslegitimado e pondo em risco toda a empresa judicial de limitação da violência.

Em síntese: a necessidade (limite ao seu exercício decisório de poder) obriga a agência judicial a estabelecer o máximo de intensidade que pode tolerar no exercício de sua responsabilidade criminalizante segundo uma ordem prioritária que atenda ao nível de culpabilidade para a vulnerabilidade de cada pessoa selecionada pelo poder das demais agências do sistema penal, o que confere eticidade à sua decisão sem que implique aceitar-lhe a violência reprodutora que não tem poder para eliminar. (ZAFFARONI, 2001, p. 274).

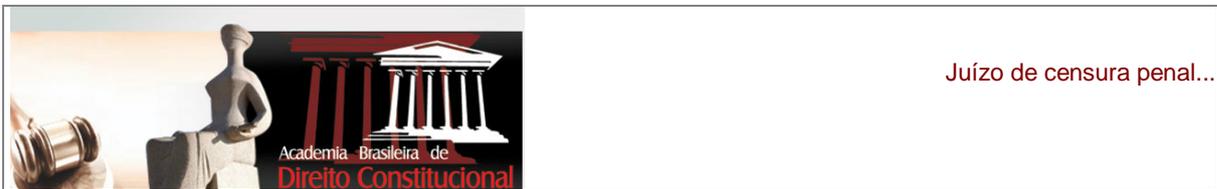
Por todo o exposto, há de se saber que a culpabilidade por vulnerabilidade engloba a co-culpabilidade de modo a ampliar e tentar reparar suas falhas quanto ao casos em que incide, agregando a ela um caráter seletivo criminalizante dada a posição do indivíduo perante o Sistema penal.

A culpabilidade por vulnerabilidade pode ser tida, portanto, como uma resposta à deslegitimação do Sistema penal e de redução de seu poder punitivo.

4.3 Da aplicabilidade das respostas apresentadas

Verificando-se que em alguns casos a contribuição da sociedade para o ato delitivo é tamanha, a reprovação da conduta do agente poderá ser diminuída ou, até mesmo, afastada.

Assim, sendo, na medida em que se analisa o artigo 66 do Código Penal, observa-se a possibilidade de se aplicar uma atenuante genérica nos casos em que a situação do agente perante a sociedade tenha contribuído para a prática do crime, se não vejamos:



Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (BRASIL, Código Penal, 1940, art. 66).

Desse modo, vislumbra-se a possibilidade da aplicação da Co-culpabilidade, bem como da Culpabilidade por Vulnerabilidade como atenuantes da pena; desde que se verifique que o crime guarde relação com uma possível responsabilidade, ou “culpa” do Estado e da sociedade, que veio a contribuir ou inclinar o indivíduo para a conduta desviante. Cumpre, portanto, ressaltar que o fato concreto deve ser analisado como um todo, ou seja, analisado as condições pessoais do agente no momento da prática do crime, como também as próprias condições do crime material.

Destarte, precisamos suprir parte dos problemas sociais atuais e tentar delinear uma reforma penal em nosso país que possa contar com a participação ativa de todos (cidadãos e governo) e que coíba as instituições do Estado de violar ou agredir nossa integridade física, psíquica, moral e, há de se pensar, patrimonial.

Precisamos, ainda, começar a deixar de lado ordenamentos envelhecidos e leis ultrapassadas. Para isso, devemos avaliar os comportamentos adotados e as medidas modernas por parte dos Poderes do estado, para possibilitar políticas públicas e criminais que se encaixem na vontade e ação da sociedade e dos “detentores da lei”, e para, conseguir alcançar uma menor repressão dos “alvos” do sistema.

5 CONCLUSÃO

Com o objetivo de analisar e compreender a possibilidade de se desenvolver a culpabilidade a partir do Estado no processo de criminalização no Brasil, esta pesquisa desenvolveu a compreensão de relevantes temas do Direito Penal e de seu sistema.

A partir das análises aqui apresentadas, entendemos que por ser o Direito Penal um Direito Coletivo, apresenta-se no corpo de sua legislação um rol de bens jurídicos tutelados que visam à proteção e a regulação de relações entre o indivíduo e a sociedade. Em decorrência disso, o Direito Penal atribui sanções às condutas



que possam vir a lesar essa relação. Todavia, esse ideal de bem jurídico tutelado em prol de uma vida humana digna em sociedade nos é dito pela classe privilegiada que aponta as vítimas preferenciais do sistema penal.

E que como grau de culpabilidade se entende a medida de dosimetria da pena. Reconhecendo-se três conceituações acerca de culpabilidade: na primeira falamos de culpabilidade como fundamento da pena ao fato típico e antijurídico produzido por um autor, sendo necessária a consciência de ilicitude do fato; na segunda do conceito de culpabilidade como elemento atuante da limitação de medição da pena, por excesso de fatores determinantes; na terceira da culpabilidade como ente através do qual se identifica e delimita a responsabilidade individual e subjetiva do agente.

Bem como a noção do princípio da culpabilidade como conjunto jurídico-penal de aquisições irrenunciáveis do Direito Penal moderno.

Ao analisar a realidade do sistema penal na sociedade brasileira não podemos deixar de falar de seu caráter seletivo e autoritário que compromete o amparo a direitos humanos fundamentais de determinada classe através de sua exclusão social e econômica. Tal posição marginalizante e, por assim se dizer, separativista, é encontrada no sistema penal brasileiro desde o momento da criação do ordenamento até sua aplicação. De tal modo, por ser valorativo e ter por finalidade a garantia da ordem social, o sistema penal aponta os valores a serem protegidos, mas o faz de forma arbitral causando a sua própria ilegalidade pelo distanciamento da realidade fática ao deixar de agir como deveria.

Conforme os ensinamentos de Zaffaroni, devido à seletividade do sistema penal e da impunidade daqueles que não lhe são vulneráveis, devemos aceitar que o exercício de seu poder é direcionado à contenção de grupos bem determinados e não à repressão do delito.

Assim, sabe-se que a punição deveria se dar de forma proporcional à situação social do agente, não sendo justificável ou plausível que uma medida punitiva para uma pessoa, que tenha limitada sua autodeterminação, seja a mesma aplicável aquela outra pessoa que cometeu o mesmo ato criminoso, mas que tenha condições e percepções sociais distintas que condenem ou desaprovem o simples ato criminoso.



Porém, não é dessa forma que tem funcionado nosso sistema punitivo atualmente.

Lamentavelmente, estamos longe de uma sociedade igualitária e livre de preconceitos, isso é notável pela falta de interesse de se aplicar justamente as penas, de ir contra a arbitrariedade dos tribunais, contra as irregularidades processuais, contra a legislação deficiente, e principalmente, pela falta de interesse de se ir contra os demasiados abusos de poder que usurpam os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Vivemos num mundo em que os anseios dos fracos e dos pobres são oprimidos e sacrificados pela barbárie dos ricos.

Para tanto, desenvolveu-se o Princípio da Co-culpabilidade como meio da sociedade e do Estado suportarem ônus de responsabilidade pela exclusão e marginalização de muitos. Ou seja, a co-culpabilidade seria a saída pela qual o Direito Penal poderia encontrar materializado o Princípio da Igualdade – na forma de isonomia – para se buscar uma pena mais justa para o caso concreto e realidade do autor.

Discute-se aqui uma redução ou, até mesmo, exclusão penal em vias que a condição social e econômica do agente tenham sido determinantes para a prática da conduta criminosa. Essa possibilidade de atenuação genérica da pena é trazida pelo Art. 66, do CP.

Porém, atualmente, a co-culpabilidade vem sido afastada para dar lugar ao conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade; uma vez que a primeira atenta-se para a questão da responsabilização estatal e social perante os que são excluídos criminalmente, enquanto a segunda volta-se para o indivíduo que se encontra como aquele que tende a ser atingido pelos resultados da criminalização, posto em condição vulnerável em decorrência de um sistema penal ao qual falta racionalidade.

Em razão disso, a co-culpabilidade tem sido criticada. Eugenio Raúl Zaffaroni, assevera que ela se liga ao falso pressuposto de que a criminalidade é efeito da pobreza e se desdenha da seletividade criminalizante semeada pelo sistema penal.



A culpabilidade pela vulnerabilidade atende a temática da seletividade no que diz respeito à constatação de considerável esforço do agente para se alcançar a situação de vulnerabilidade. Ou seja, agrega-se por meio da vulnerabilidade um aspecto seletivo criminalizante à co-culpabilidade, acabando por englobar a posição do indivíduo diante do sistema penal. Encontra-se aqui ideal garantista de direito penal mínimo e uma resposta à deslegitimação do sistema penal, bem como acrescenta-se medida de redução do poder punitivo.

Essa deslegitimação não é passível de contestação perante a um discurso justificador ilusório, com o qual a situação de marginalização, arbitrariedade e repressiva é a encontrada. Onde a exclusão cruel do sistema penal atinge como alvos os setores mais vulneráveis socialmente que anseiam uma realidade mais humanitária.

Nada mais faria sentido do que a luta pela inclusão social no sistema penal, pois teoricamente este foi o significado de sua criação. A lei não pode e não deve levar em consideração um único dado indivíduo ou uma única hipótese.

Mas o Direito Penal tem a tendência de privilegiar interesses da classe dominante e direcionar seu processo de criminalização às classes subalternas. Se aproveita da falta de informação, do baixo nível de escolaridade, da condição econômica, da deficiência da defesa ofertada pelo Estado e da falta de força política de seus alvos que não saber como proceder diante de tal processo, tornando-os vulneráveis ao sistema penal seletivo.

O que deveria ser instrumento de correção e de proteção da sociedade é seu principal mecanismo de estigmatização e de demonstração de poder.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Código Penal**, 1940.



CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. 2010. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/014.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



OS MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRETA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O APERFEIÇOAMENTO DA CULTURA POLÍTICA^{1/2}

THE MECHANISMS OF DIRECT DEMOCRACY AND SOCIAL MOVEMENTS: NOTES OVER THE PERFECTING OF POLITICAL CULTURE

João Paulo Ocke de Freitas³

Resumo

O objetivo do artigo é o de investigar a importância dos mecanismos da democracia direta diante das recentes manifestações sociais ocorridas em junho de 2013. Tais mecanismos podem levar a um aperfeiçoamento da democracia e das instituições políticas, na medida em que tendem a promover uma ruptura com as práticas oligárquicas que marcam a tradição política brasileira, e são meios eficazes para o fortalecimento da participação política dos cidadãos na arena pública, tornando mais efetiva a capacidade de os cidadãos interferirem no processo decisório, sem que haja graves rupturas institucionais.

Palavras-chave: Democracia direta; Plebiscito; Referendo; Iniciativa popular; Cultura política.

Abstract

The aim of this paper is to investigate the importance of mechanisms of direct democracy on the recent social protests that occurred in June 2013. These mechanisms may bring an improvement of democracy and political institutions, as they tend to promote a rupture with the oligarchic practices that mark the Brazilian political tradition, and are effective means for strengthening the political participation of citizens in the public arena, making more effective capacity of citizens to interfere in the decision process, without serious institutional breakdowns.

Keywords: Direct democracy; Plebiscito; Referendum; Popular initiative; Political culture.

¹ Trabalho submetido em 30/06/2013, pareceres finalizados em 08/07/2013 e 25/07/2013, aprovação comunicada em 05/08/2013.

² Este artigo utiliza parte da análise desenvolvida na monografia apresentada, em 2005, sob orientação da professora Katya Kozicki, como conclusão da graduação no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná – “Plebiscito, referendo e iniciativa popular: mecanismos para o exercício de uma democracia substantiva”.

³ Graduado em Ciências Sociais (UFPR), Bacharel em Direito (UFPR), Advogado, Especialista em Teoria Geral do Direito (Academia Brasileira de Direito Constitucional). E-mail: <joao@hxs.adv.br>.



INTRODUÇÃO

Diante dos recentes movimentos sociais do mês de junho de 2013, o tema da democracia direta passou a integrar a agenda política por iniciativa do Poder Executivo federal. Para além das importantes considerações a respeito dos desafios referentes à operacionalização de um plebiscito ou de um referendo, é preciso compreender como os mecanismos da democracia direta podem afetar positivamente a história da conturbada política brasileira.

Fato é que o tema relativo aos mecanismos da democracia direta está despertando a atenção de órgãos representativos da sociedade civil e a crescente repercussão social concernente à viabilidade de utilização desses institutos é uma das razões da elaboração deste artigo.

Dessa forma, é necessário determinar a natureza dos institutos de democracia direta – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular – diante da teoria política e enquanto instrumentos capazes de aprimorar a prática política no Brasil. A teoria política é capaz de fornecer subsídios para a adequada compreensão e aplicação dos institutos da democracia direta, constituindo um importante recurso para viabilizar transformações necessárias e urgentes na dinâmica do exercício da cidadania.

Esses três institutos, contemplados na Constituição da República, no art. 14, I, II e III (regulamentado, por sua vez, pela Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998) podem ser assim conceituados:

A **iniciativa popular legislativa** é procedimento democrático de propulsão do processo legiferante que consiste em facultar aos eleitores, seja na expressão de uma percentagem ou de número especificado de participantes, a iniciativa de proposta legislativa tendente à adoção de norma constitucional ou infraconstitucional [...] o **referendo popular** é instrumento de participação política conjugada pelo qual os eleitores decidem a sorte de uma norma ou proposição legislativa concretamente disposta, por incidência direta e como decisão de fundo, seja por deferimento pelo Congresso Nacional de pedido feito por algum dos agentes legitimados (= referendo facultativo), seja por propulsão *ex lege* (= referendo obrigatório) [...] O **plebiscito** é instrumento de participação política conjugada pelo qual os eleitores decidem matérias em tese e alterações geopolíticas por ato próprio do legislativo, com possíveis repercussões indiretas na normatividade, não configurando, esta repercussão, sua decisão de fundo [...] (SGARBI, 1999, p. 116-117, 161-162, grifos do autor).



O que a expressão “democracia direta” exprime é a possibilidade de os cidadãos exercerem o poder sem a intermediação de representantes. A legislação no Brasil admite o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa ao lado dos mecanismos da representação política; assim, não se quer defender a tese, neste artigo, de que o Brasil deva adotar um regime de democracia direta pura, mas que deve haver concreta e efetivamente uma relação de complementaridade entre os institutos da democracia direta e os da representativa.

O plebiscito, o referendo e a iniciativa popular são concebidos como mecanismos da democracia direta na medida em que ampliam o grau de participação popular no processo decisório. Dessa forma, o exercício da prática democrática deixa de ser restritivo ou limitado pela eleição periódica dos representantes dos cidadãos – e, portanto, passa a adquirir uma natureza substantiva, em que os cidadãos não apenas elegem, mas podem participar ativa e diretamente, numa relação de complementaridade com os seus representantes, do processo de tomada de decisões políticas.

O caráter substantivo de uma democracia é configurado, pois, pela possibilidade que têm os cidadãos de garantir e ampliar efetivamente os seus direitos civis e sociais, num quadro de liberdades políticas.

Uma cultura política, enfim, que rompe com práticas excludentes, que torna efetivo e universal o gozo dos direitos políticos e sociais caracteriza a democracia substantiva e qualifica como cidadãos os indivíduos que lhe dão sustentação.

1 A TEORIA DA DEMOCRACIA

Não é possível desconsiderar a forma como a Teoria da Democracia aborda a questão dos mecanismos da democracia direta. A prática democrática é objeto de vastas análises no âmbito da teoria política, que devem ser incorporadas na esfera do Direito, sob pena de ficar superficial a reflexão sobre os vários aspectos que cercam a implementação dos instrumentos de democracia direta. Nesse sentido, devem-se considerar duas correntes da teoria política: a representada por Schumpeter (procedimentalista) e a representada por Pateman (participativa).



1.1 Schumpeter: a visão procedimentalista

Na visão schumpeteriana, a democracia adquire um caráter procedimental, de natureza formal e esta postura teórica decorre, inicialmente, do exame da concepção clássica da filosofia da democracia no século XVIII. Tal é a concepção clássica analisada por Schumpeter:

[...] o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através da eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo (SCHUMPETER, 1984, p. 313).

Para Schumpeter (1984), não há um bem comum único que seja igualmente desejado por todas as pessoas e, mesmo que houvesse um bem comum definido, as pessoas não teriam a mesma reação aos aspectos isolados desse bem comum, até porque é preciso levar em consideração as mudanças na estrutura econômica e nos hábitos da sociedade capitalista. A pressuposição da existência de um bem comum definido, capaz de ser identificado por todas as pessoas, conduz à formulação do conceito de “vontade do povo”, que, para Schumpeter (1984), por decorrência lógica da percepção da inexistência do bem comum, não existe. Poder-se-ia admitir, então, a existência de vontades individuais, que, por sua vez, também não poderiam ser unificadas numa “vontade geral”, ainda que se pretendesse definir o objeto dessa vontade.

Segundo Schumpeter (1984), porém, a vontade individual não existe ou é indeterminável. Querer atender, através da ação política, a um pretenso desejo popular torna-se, assim, quimera. A justificativa de tal posição é a de que os indivíduos tendem a agir tanto mais racionalmente quanto mais os assuntos em discussão disserem respeito às suas circunstâncias de vida privada, mais imediata ou de curto prazo; além do quê, a presença, mesmo na esfera privada, de uma maior racionalidade de pensamento não implica necessariamente maior racionalidade de ação, sendo, ambas, independentes uma da outra.

Daí decorre a inutilidade de se atender a uma “vontade geral” concebida como amálgama de vontades individuais; afinal, os próprios indivíduos não agem necessariamente de forma racional ou responsável só porque se encontram no



terreno dos assuntos públicos ou políticos. Os grupos de interesse organizados e poderosos é que conformam uma “vontade geral” (a mesma defendida pela doutrina clássica, tal como concebida por Schumpeter), de acordo com uma lógica publicitária comercial (uma “Vontade Manufaturada”).

Essa concepção de natureza humana e do universo da política serve como ponto de partida para Schumpeter elaborar sua definição de democracia num sentido procedimental: “O método democrático é aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população.” (SCHUMPETER, 1984, p. 336).

Esta concepção pressupõe dois critérios de distinção definidores da democracia: a oportunidade que tem o povo de aceitar ou recusar as pessoas designadas para governá-lo (que não são selecionados em toda a população, mas apenas dentre aqueles que aceitam competir pelo voto dos eleitores), e a livre competição entre líderes potenciais pelo voto do eleitor (mesmo a luta competitiva pelo poder e por cargos oficiais deve ser o fundamento da análise sobre a realização da função social – encarada como fato incidental – da atividade de governar).

Essa definição implica, segundo Schumpeter (1984, p. 341-360): (1) aceitar a tese de que governos não democráticos podem atender melhor a presumida vontade e o bem do povo do que governos tidos como democráticos; (2) admitir o papel fundamental da liderança e de sua aceitação pela coletividade; (3) constatar que é o líder político e os seus agentes que fazem emergir os eventuais desejos genuínos, mas latentes, de grupos mais ou menos organizados; (4) incorporar na definição de democracia a tese da competição pela liderança, que se traduz na competição pelo voto livre; (5) afirmar a importância da liberdade individual – de pensamento e de expressão, especialmente – para o exercício da democracia; (6) aceitar a possibilidade de um eleitorado produzir um governo – função primária do voto do eleitor – e também desapoosá-lo; (7) por fim, aceitar a tese de que não há decisão numa democracia que satisfaça uma “vontade do povo”, mas sim, a vontade de uma maioria, sem esquecer que ambas as vontades não se confundem.

Com base nessas implicações, Schumpeter (1984) define as condições para o êxito democrático: os homens que dirigem a política devem ser de “qualidade



suficientemente alta”; uma democracia bem sucedida deve produzir decisões políticas equilibradas; o governo democrático deve dispor de um aparelho burocrático bem treinado e eficiente, com aptidão para a direção e com certo grau de independência para afirmar seus próprios princípios; o “Autocontrole Democrático”, definido como a aceitação dos preceitos legais por parte de todos os grupos importantes da nação e o controle legal das atividades dos governantes; e, última condição, a tolerância quanto a diferenças de opinião.

1.2 Pateman: a visão participativa

Pateman (1992) vislumbra a possibilidade de um aprimoramento político dos indivíduos como decorrência de uma participação mais efetiva dos cidadãos no processo decisório. Para tanto a participação não deve estar limitada à esfera governamental, devendo-se considerar, de forma destacada, a participação dos indivíduos em todos os níveis da sociedade, inclusive no trabalho:

[...] na teoria participativa, a ‘participação’ refere-se à ‘participação’ (igual) na tomada de decisões e, ‘igualdade política’ refere-se à igualdade de poder na determinação das consequências das decisões [...] Por fim, a justificativa para um sistema democrático em uma teoria da democracia participativa reside primordialmente nos resultados humanos que decorrem do processo participativo. Pode-se caracterizar o modelo participativo como aquele onde se exige o *input* máximo (a participação) e onde o *output* inclui não apenas as políticas (decisões) mas também o desenvolvimento das capacidades sociais e políticas de cada indivíduo, de forma que existe um ‘*feedback*’ do *output* para o *input*. (PATEMAN, 1992, p. 61-62, grifos da autora).

Nesse sentido, verifica-se a existência de um processo fundamental na criação de cidadãos politicamente mais participativos: indivíduos mais interessados e comprometidos com questões de interesse coletivo, mas de natureza não governamental, favorecem a criação de instituições políticas mais democráticas, que encerram um maior grau de participação dos seus integrantes; de outro lado, percebe-se que a experiência da participação democrática diária, gradual e constante auxilia a formação de indivíduos com maior senso de competência e eficácia política e, portanto, mais interessados em tomar parte das deliberações coletivas.



Pateman (1992) reconhece que a visão de que os homens podem ser modificados e ter suas qualidades políticas desenvolvidas, através da participação na esfera pública, já estava presente em Rousseau (para quem o homem deveria fazer parte da gestão da coisa pública), assim como em John Stuart Mill (para quem o governo e as instituições políticas teriam um caráter educativo).

A política, na teoria participativa de Pateman (1992), portanto, não deve ser realizada por profissionais, mas pela totalidade dos cidadãos em seu cotidiano e de forma frequente. Ademais, o processo político não se reduz ao Estado e às questões relativas a ele, mas diz respeito também à natureza do trabalho, à hierarquia verificada nas empresas e no interior da família, etc. Todas essas configurações têm o papel de desempenhar importante função na constituição de homens com um maior “espírito democrático”, mais aptos, dessa forma, para atuar de maneira mais responsável e racional na esfera política. O que se percebe, então, é uma diminuição significativa da distância existente entre os cidadãos e os governantes. Se os indivíduos participam efetiva e frequentemente de todo o processo político, menores são as possibilidades de existirem grupos organizados e poderosos que se aproveitem de um espaço desocupado do poder.

1.3 Duas perspectivas complementares

O presente artigo adota a visão participativa da democracia, mas não deixa de considerar que, apesar das diferenças, ambas as visões não são absolutamente incompatíveis. A abordagem procedimental da democracia contém elementos que podem – e devem – ser incorporados e complementados pela visão participativa. Algumas das condições apontadas por Schumpeter para que a democracia tenha êxito não devem estar ausentes da concepção participativa da democracia, até porque o conceito de democracia elaborado por Schumpeter teve desdobramentos importantes.

Assim, Robert Dahl desenvolveu uma teoria encarada por Pateman (1992, p. 14, 18) como uma concepção que descendente diretamente da crítica schumpeteriana da teoria clássica da democracia.



Dahl (1989) define as instituições políticas exigidas por uma moderna democracia representativa ou democracia poliárquica: (1) funcionários eleitos; (2) eleições, livres, justas e frequentes, (3) liberdade de expressão; (4) fontes de informação diversificadas; (5) autonomia para as associações; e (6) cidadania inclusiva.

Ao definir os requisitos para a configuração de um sistema poliárquico, Dahl (1989, p. 77-78) estabelece que a extensão em que a poliarquia existe deve se relacionar com o grau de consenso a respeito das normas que possibilitam a própria existência da poliarquia. Segundo Dahl (1989), a família, a escola, a igreja, o clube, a literatura, o jornal são alguns dos meios para a realização de um treinamento social que mantém íntima relação com a formação do consenso sobre as normas definidoras da poliarquia. Esse treinamento social, por sua vez, pode ser favorável, neutro e negativo.

Quando analisa o tema da educação cívica como fator de sucesso para o sistema democrático, Dahl identifica as formas pelas quais os cidadãos adquirem a compreensão esclarecida da política: a alfabetização e a educação formal; as informações divulgadas pelos partidos e pelos candidatos e pelas organizações de interesse; o conhecimento da trajetória dos partidos políticos; os recursos, as habilidades políticas, o conhecimento especializado adquiridos através da participação em grupos de interesse, organizações lobistas e grupos de pressão.

Dahl (2001, p. 204-207) identifica também três fatos que tornam improvável que esses meios mantenham a continuidade da aquisição de uma compreensão esclarecida da política: a internacionalização, que amplia as áreas e a quantidade de pessoas que estão inseridas nas ações que afetam a vida dos cidadãos; o aumento da dificuldade de entendimento dos assuntos públicos, que pode não ser amenizado pela educação fornecida pelos níveis superiores de educação; e a maior exigência de capacidade de compreensão e competência dos cidadãos para a assimilação de quantidades de informação cada vez maiores.

Poder-se-ia admitir, então, que Dahl compartilha da tese de Pateman de que a participação dos indivíduos nas várias esferas da sociedade – e não apenas na esfera da política – reforça o bom funcionamento do sistema democrático. Pateman (1992, p. 19-20), contudo, aponta algumas limitações importantes quanto à questão



do “treinamento social” analisado por Dahl: não há uma definição da natureza do treinamento; não há uma especificação do tipo de treino produzido pelos vários sistemas de controle; e, por fim, não há determinação de como o treinamento social, voltado para a produção de diferentes tipos de personalidade que exercem diferentes papéis nos vários sistemas de controle, pode auxiliar a formação do consenso sobre as normas democráticas.

Em outro aspecto relevante, Dahl se distancia da concepção de democracia participativa de Pateman, quando exprime certa rejeição à tese de que é possível uma maior participação dos cidadãos na atividade política:

Atualmente, sabemos que a atividade política, pelo menos nos Estados Unidos, está positivamente associada em grau importante com variáveis como renda, *status* socioeconômico e educação e que também se relaciona de formas complexas com sistemas de crenças, expectativas e estruturas de personalidade. Sabemos agora que os membros das massas ignorantes e destituídas de propriedades que Madison e seus colegas tanto temiam são muito menos ativos politicamente do que os educados e abastados. Devido à sua propensão para a passividade política, os pobres e ignorantes se privam de seus direitos políticos. Desde que têm menos acesso dos que os ricos aos recursos organizacionais, financeiros e propagandísticos, e não menos às decisões executivas, qualquer coisa como controle igual sobre a política pública é triplamente vedada aos membros das classes sem propriedades de que falava Madison. E são excluídas por sua inatividade relativamente maior, pelo acesso relativamente limitado aos recursos e pelo sistema elegantemente montado de controles governamentais que ele defendeu. (DAHL, 1989, p. 81-82).

Como se vê, há importantes diferenças entre a concepção schumpeteriana e participativa da democracia, mas não se pode afirmar que haja uma incompatibilidade absoluta entre essas duas correntes. Nesse sentido, ao considerar a cidadania inclusiva como um dos requisitos mínimos necessários para a definição de uma democracia em larga escala, é possível afirmar que Dahl abre uma brecha para a aceitação da tese de que a participação direta dos cidadãos no processo decisório seja uma forma de garantir, proteger e promover os seus interesses fundamentais, como também de reforçar os mecanismos de controle dos programas políticos governamentais:

[...] se por acaso você faz parte de todo um grupo excluído da participação, como serão protegidos os interesses fundamentais desse grupo? A resposta é clara: os interesses fundamentais dos adultos, a quem são negadas as oportunidades de participar do governo, *não* serão devidamente protegidos



e promovidos pelos que governam. [...] o preponderante peso da experiência humana nos informa que nenhum grupo de adultos pode entregar com segurança a outros o poder de governá-lo. (DAHL, 2001, p. 91-92, grifo do autor).

A perspectiva da teoria política adotada por este artigo não é aquela que concebe a democracia com um caráter meramente procedimental, nem aquela que propugna que a participação dos cidadãos no processo político deva ficar restrita ao momento da escolha dos seus representantes. A visão que informa todo este artigo é a de que a implementação dos institutos da democracia direta – ao lado dos mecanismos da democracia representativa – pode realizar uma ampliação positiva das práticas democráticas, fortalecendo a aliança entre a cidadania e a soberania popular, através da maior participação política dos cidadãos no processo decisório.

O próprio Dahl confirma a perspectiva de que as incertezas fazem parte da ação política e de que as mudanças inerentes ao processo político devem ocorrer em função de um permanente projeto de aperfeiçoamento das práticas democráticas:

[...] importantes decisões governamentais normalmente ocorrem por incremento, não por grandes saltos no escuro. Como é dado um passo de cada vez, as mudanças incrementais tendem a evitar desastres paralisantes. Cidadãos, especialistas e líderes aprendem com os erros, enxergam as correções necessárias, modificam a política de ação – e assim por diante. O processo é repetido tantas vezes quantas forem necessárias. Embora cada passo pareça decepcionantemente pequeno, com o tempo esse avanço gradual produzirá mudanças profundas, até *revolucionárias*. Contudo, as mudanças ocorrem pacificamente e adquirem um apoio público tão vasto, que tendem a durar. (DAHL, 2001, p. 205, grifo do autor).

O que o presente artigo defende é exatamente a possibilidade de as decisões governamentais contarem com a participação direta dos cidadãos, num processo que certamente exigirá aperfeiçoamentos, correções de rota e incrementos contínuos, o que não torna irracional, pois que eivado de riscos, o processo de implementação dos institutos da democracia direta – é o que confirma o “schumpeteriano” Dahl:

Para alguns observadores, essa maneira incremental de tratar da questão *nas coxas* [!] parece totalmente irracional, mas num exame mais atento parece uma forma bastante racional de realizar importantes mudanças em um mundo de grande incerteza. (DAHL, 2001, p. 205).



2 A DEMOCRACIA NO BRASIL: POSSIBILIDADE DE APERFEIÇOAMENTO

2.1 A apatia e a alienação política diante do exercício da democracia e da cidadania

O brasileiro é comumente acusado de ser desinteressado em participar das ações ou discussões de natureza política, ainda que tenha oportunidades de participação. Mesmo o debate político apresenta-se esvaziado do conteúdo que lhe é próprio, tendo-se em vista, inclusive, a espetacularização do processo eleitoral, que é quando, efetivamente, o cidadão é convocado a tomar parte das decisões. Em suma, o brasileiro é visto como um ator político apático, o que, segundo Décio Saes, constitui uma decorrência necessária da existência do Estado burguês:

O abstencionismo eleitoral (invariavelmente alto), o reduzido número de cidadãos regularmente inscritos em partidos engajados na competição eleitoral ou a inexistência de mecanismos pelos quais os votantes poderiam controlar a ação dos dirigentes partidários e dos seus representantes no Parlamento são características *permanentes* das democracias burguesas [...] Se a apatia política [...] é permanente nos regimes políticos democráticos-burgueses, isso se explica pelo fato de ela constituir um efeito não da falta de educação e de cultura dos cidadãos [...], mas da própria forma democrática do Estado burguês. (SAES, 1987, p. 70-71).

Não se pretende, neste artigo, propor o fim do “Estado burguês”, mas problematizar formas de aperfeiçoamento do jogo democrático pela entrada em cena dos mecanismos de democracia direta, no contexto do Estado capitalista e de forma mais constante e eficaz. De qualquer forma, não há modelo de “socialismo democrático” realizado concretamente na história que permita digressões comparativas com a “democracia burguesa”. É como recurso para reverter ou diminuir a apatia e a alienação política dos brasileiros que deve ser pensada a possibilidade de as decisões governamentais contarem com a participação direta dos cidadãos.

A acusação de apatia política do brasileiro, manifestada num Estado capitalista com uma forte tradição autoritária ou excludente, como é o caso do Brasil, denota a fragilidade da prática democrática e a vacuidade do exercício da cidadania, vale dizer, vacuidade do exercício de direitos civis (direito à vida, à liberdade, à



propriedade, à igualdade perante a lei), de direitos políticos (direito à participação no governo da sociedade) e sociais (direito à educação, ao trabalho, ao salário, à saúde). Tal como define José Murilo de Carvalho (2003, p. 9-10), os direitos civis são os que permitem a vida em sociedade; os direitos políticos são os que garantem a participação dos cidadãos no governo da sociedade; e os direitos sociais são os que garantem a participação dos cidadãos na riqueza coletiva.

A apatia política não é, contudo, um problema exclusivo da democracia no Brasil, é um problema verificado em outros sistemas democráticos. Giovanni Sartori (1994, v. 1, p. 147-150, 165-166) apresenta e analisa três possíveis causas da apatia política: em primeiro lugar, o problema da informação; o segundo diagnóstico refere-se à questão dos níveis de instrução; e uma terceira causa é a ausência de uma democracia participativa. Quanto ao primeiro diagnóstico, Sartori (1994) entende que o problema maior é o de excesso de informação e não de sua falta e, nesse cenário, os cidadãos têm dificuldade para analisar o excesso de mensagens que recebe. Quanto ao segundo diagnóstico, o autor demonstra que não há base empírica que comprove que os mais ricos e bem informados participem mais da política que os mais pobres e menos informados, até porque a obtenção de informações implica um custo, um consumo de tempo e atenção que tem um limite para ser recompensador. Quanto ao terceiro diagnóstico, Sartori (1994) entende que o problema decisivo referente à democracia participativa é o do conhecimento ou da compreensão competente aplicada ao processo de tomada de decisões, mas não há suporte estatístico para a tese de que os cidadãos aprendem, votando em plebiscitos ou referendos, a participar da tomada de decisões políticas.

De fato, a prática democrática no Brasil é limitada porque o cidadão não é convocado a participar do processo decisório senão quando das eleições para o preenchimento dos poderes Executivo e Legislativo. A apatia do eleitorado é intensificada por meio do distanciamento do eleitor em relação aos seus representantes e às decisões por eles tomadas – o eleitor é dispensado de exercer a cidadania depois que passam as eleições; a partir daí ele é desvinculado do processo decisório e é dispensado de participar do debate político, ou seja, os brasileiros, além de acusados de serem apáticos, seriam alienados do processo



político na medida em que os cidadãos seriam excluídos das oportunidades de participação política.

Desta realidade decorre que o conceito de "cidadania" ainda é tratado, no Brasil, muito mais pela perspectiva do universo do consumo do que propriamente pelo ângulo do exercício efetivo dos direitos políticos. Ora, o exercício da cidadania não implica apenas a denúncia da má qualidade do produto comprado, mas, sobretudo, implica considerar a esfera pública como sendo tão importante quanto o bem estar individual.

E de que forma é possível universalizar a compreensão do conteúdo dessas esferas pública e privada? A vivência continuada da prática democrática e o constante debate político apresentam-se como caminhos viáveis para a solução do problema. Mas a realidade é que o cidadão brasileiro tende a ver o processo decisório como quem está por trás de um muro de vidro ou através da tela da TV. O Brasil não tem povo, tem público" – a frase do escritor Lima Barreto (1881-1922) ainda permanece lamentavelmente atual, apesar da emergência das recentes manifestações sociais.

2.2 A democracia no Brasil: distorções e exclusões

A apatia e a alienação políticas são ainda agravadas pelo modo como se dá o debate político nas campanhas eleitorais – o conteúdo político dessas campanhas é praticamente nulo porque não se discutem de forma detalhada e aprofundada projetos ou compromissos – a qualidade dos programas partidários são apresentados da mesma maneira como se apresentam as qualidades de uma mercadoria qualquer. Os candidatos (em muitos casos, por vontade própria) são tratados como celebridades e não como políticos; a vida íntima e os hábitos pessoais dos candidatos muitas vezes passam a ser o aspecto principal do debate nos momentos em que se acirra a briga pelo voto.

A propaganda política segue o ritmo e a cadência das propagandas de produtos de consumo de massa: visa emocionar e não conquistar pela razão. É um efeito da força do mundo midiático, que, como se vê, não deixa a política de fora; pelo contrário, conduz a postura dos candidatos pelas mãos dos especialistas em



"marketing", cuja principal tarefa é produzir uma imagem que ao mesmo tempo elabore e atenda às expectativas de um eleitorado em grande parte homogêneo e infantilizado pela própria massificação de gostos, valores e perspectivas de vida. E isso não é uma peculiaridade de países politicamente atrasados, porque ocorre mesmo em países onde as práticas democráticas estão de há muito consolidadas.

A tradição autoritária do Estado brasileiro é outro dentre os elementos que podem ser considerados para a compreensão da alienação dos cidadãos. Quando da independência, o Brasil começou a ser construído de cima para baixo, como um produto da vontade de poucos. A maioria da população não interferiu na constituição desse Estado, os eleitores eram a minoria. Assim também ocorreu com a proclamação da República, em que a participação popular foi mínima; durante esses quase 125 anos de experiência republicana, o Brasil não teve a chance de exercitar por longos períodos a prática da democracia e, dessa forma, direitos sociais básicos foram negligenciados: a questão educacional, por exemplo, ao contrário do que ocorreu na Europa e mesmo nos Estados Unidos, não foi priorizada pela elite nacional como pilar de desenvolvimento de uma sociedade burguesa.

Entretanto, o crescimento econômico ou a modernização de um país, tal como ocorreu no Brasil nas últimas duas décadas, tende a ser acompanhado por mobilizações políticas mais organizadas e frequentes. Nesse sentido, as recentes manifestações sociais iniciadas em junho de 2013 representam um início de reversão da apatia e da alienação políticas? É muito cedo para afirmar, mas o fato é que o sistema político conta com vários instrumentos eficazes para mobilizar os cidadãos dentro das regras do jogo democrático e dentre estes instrumentos incluem-se o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa. A questão fundamental, então, passa a ser a referente ao grau de adesão às instituições políticas em vigor ou, em outras palavras, passa a ser referente à possibilidade de canalizar as manifestações sociais para que atuem dentro dos parâmetros definidos pelas instituições jurídicas.

2.3 Democracia formal e conteúdo político das decisões

Com base nesse contexto, como qualificar a democracia no Brasil? Nos momentos em que houve a chance de exercitar a democracia (quando da vigência



da Constituição de 1946 e a partir da Constituição de 1988, por exemplo), o poder econômico e a maior capacidade de organização e mobilização das elites políticas e econômicas garantiram que esse exercício tivesse apenas conteúdo formal e não propriamente político, ou seja, o cidadão votava seguindo as regras do jogo democrático, mas não exercia controle sobre o conteúdo das decisões tomadas.

O voto por si só não basta para que os interesses da maioria dos cidadãos sejam contemplados no processo decisório porque o poder das elites organizadas ainda lhes garante que os seus próprios interesses sejam priorizados, inclusive através da elaboração de não decisões, porque, afinal, o exercício do poder não se manifesta apenas através da tomada de decisões concretas. Resta, então, contar com a capacidade de mobilização e pressão dos cidadãos, o que pressupõe uma organização prévia e eficaz.

Daí que atualmente entram em cena as redes sociais e profissionais, vinculadas à internet, como instrumentos para promover a divulgação de reivindicações políticas e para a mobilização de pessoas para integrar manifestações. Foi o que aconteceu nas manifestações de junho de 2013. Os partidos políticos, as organizações não governamentais, as igrejas, os sindicatos e outros movimentos sociais poderiam exercer esse papel de organização e mobilização dos cidadãos. O que a experiência vem demonstrando, contudo, é que é mínima e é esporádica a participação popular em movimentos sociais de caráter nacional, com força para priorizar os interesses da maioria no campo político e decisório, evidenciando que há um descompasso entre a forma tradicional de convite para a ação política e as novas possibilidades de mobilização decorrentes do surgimento das redes sociais e profissionais.

Instituições tais como partidos, ONGs e sindicatos atingem uma parcela muito pequena da população e, apesar da força que eventualmente possam demonstrar, ainda assim não atuam de forma permanente, continuada, na defesa das demandas da população (relacionadas, por exemplo, à ecologia, política energética, saneamento urbano, habitação, segurança, educação, etc). Não vêm contribuindo para a politização da mobilização popular – mobilizam muitas vezes para conseguir a satisfação de interesses imediatos, mas não para a construção de um projeto político abrangente e de longo prazo para o país.



A despolitização dos movimentos sociais, cujo sintoma maior é tanto o pragmatismo da "mobilização de resultados" quanto a rejeição absoluta das instituições políticas tradicionais, limita o amadurecimento das práticas democráticas. Busca-se muitas vezes um distanciamento das discussões de temas mais polêmicos com o objetivo de evitar o desgaste do grupo político que organiza manifestações ou movimentos sociais mais amplos. O resultado é que os cidadãos deixam de perceber a dimensão e a dinâmica dos conflitos que se dão na arena política e, com isso, tendem a ficar enfraquecidos na disputa pela priorização de seus interesses.

Sintomático é que foram ouvidas muitas vezes contrárias aos partidos políticos, aos sindicatos, à própria Política, ainda que as manifestações tivessem claramente um caráter político ao buscar interferir na agenda política do país. Sintomático também que alguns organizadores das manifestações deste junho de 2013 tenham se recusado a aprofundar a discussão de temas diretamente referentes à pauta de reivindicações apresentada pelas organizações sociais mais atuantes, promovendo, inclusive, um retraimento do debate político.

Politizar os movimentos sociais significa conscientizar os cidadãos de que é preciso uma participação continuada na esfera política e de que é necessário dar uma atenção permanente ao que se passa nessa esfera, especialmente ao modo como se processam as decisões políticas e ao modo como agem os atores políticos constituídos em grupos de interesses, identificando a classe ou a fração de classe que exerce papel hegemônico no quadro das relações de forças que constituem o Estado. Não há outra forma de definir um projeto político democrático para o país senão com o conhecimento da e a contínua participação dos indivíduos na esfera política e pública – esse é o caminho para o aperfeiçoamento da democracia, através de uma reforma modernizadora das instituições políticas.

A participação dos cidadãos na definição dos termos de um projeto político de longo prazo é a condição para a descaracterização da democracia no Brasil como meramente formal. Nesse sentido, pode-se alcançar uma efetiva integração dos interesses da maioria dos cidadãos na agenda política, com maiores chances de que esses interesses sejam priorizados quando do processo decisório. Haveria uma ampliação da gama de interesses a serem satisfeitos na agenda política de tal forma



que o país pudesse sair do circuito de democratização formal e exclusão da maioria, que é o que se verifica, de fato, na história, e configura a tradição do Estado brasileiro.

Ao atuar na arena política na defesa dos seus interesses, os cidadãos têm a chance de exercitar a prática democrática aprendendo, por exemplo, a conviver com o pluralismo e a conquistar seus objetivos sem o uso da força. E o aparato jurídico deve assegurar não só essa oportunidade de exercício político como também deve impedir que a minoria derrotada nas disputas políticas seja subjugada pela maioria vencedora – a essa minoria devem ser garantidos os direitos e garantias fundamentais.

A existência dos movimentos sociais é um claro fator de amadurecimento da democracia na medida em que os cidadãos passam a interferir com muito mais frequência e organização na arena política e se encontram unidos em torno de objetivos definidos coletivamente. Melhor integrados na dinâmica do processo decisório, os cidadãos reúnem mais condições de reavivar o interesse pelo debate e pela ação política. Ao sentir que suas posições, suas expectativas, seus interesses são efetivamente contemplados pelos ocupantes dos cargos públicos, os cidadãos tendem a considerar a ação política como meio necessário, válido e eficaz para a promoção de mudanças sociais.

Se os movimentos sociais promovem a inclusão organizada da maioria na arena política há oportunidades mais concretas para que se realize também um processo de inclusão dos interesses dessa maioria no campo das decisões tomadas pelos agentes do governo. A incorporação desses interesses como sendo prioritários na agenda política exige bastante tempo, tendo-se em vista a tradição autoritária e excludente do Estado brasileiro – daí a necessidade da mobilização e da pressão permanentes dos cidadãos sobre os agentes que conduzem o processo decisório.

3 A VIABILIDADE DOS INSTRUMENTOS DA DEMOCRACIA DIRETA

O plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa são formas eficazes de reduzir a apatia do eleitorado no debate e na ação política, sem que haja rupturas institucionais. Não se deve desconsiderar o fato de que há limites no sistema



representativo, que podem ser, inicialmente, verificados com base no declínio do comparecimento eleitoral (em democracias em que o voto é facultativo), na desconfiança dos cidadãos em relação às instituições, no esvaziamento dos partidos políticos e no descumprimento das promessas feitas pelas instituições da democracia representativa.

O que se defende aqui é a tese de que a implementação eficaz dos instrumentos de democracia direta alimenta a cultura política, na medida em que os cidadãos reconhecem a eficácia de sua participação na arena política, constituindo meios para interferir mais ativamente na formulação da agenda política, para a tomada de decisões concretas e mesmo para impedir que as não-decisões elaboradas pelos agentes políticos tenham repercussão efetiva no processo decisório.

O “sistema representativo puro” e a “democracia direta pura” não têm a possibilidade de ampliar a participação dos cidadãos no processo político, mas é a combinação desses elementos de forma consistente e permanente que trará reforços mútuos para esses sistemas, com o conseqüente aprimoramento da democracia, tendo-se em vista a inclusão dos cidadãos na definição de um projeto político para o país.

A operacionalização dos mecanismos de democracia direta encontra-se hoje, inclusive, imensamente facilitada pela tecnologia aplicada ao processo eleitoral. Num artigo publicado em 1986, Bobbio já afirmava:

[...] é possível prever timidamente que a democracia futura guarde o mesmo julgamento de valor positivo que tem hoje, embora retorne em parte ao sistema dos antigos, pela ampliação dos espaços da democracia direta, graças à difusão dos computadores (BOBBIO, 1991, p. 52).

Com o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, os cidadãos não são chamados apenas para nomear candidatos para os cargos públicos, mas passam a decidir mais diretamente sobre as questões que dizem respeito à coletividade que integram. Se a democracia no Brasil pode ser aperfeiçoada através de uma melhor e mais constante implementação dos mecanismos de democracia direta, é preciso examinar os argumentos que dizem respeito à adoção desses mecanismos problematizando-os, tendo em vista o contexto mais específico da política do país.



Há dois bons estudos sobre os mecanismos de democracia direta, realizados pelos cientistas sociais Maria Victoria de Mesquita Benevides (2002) e José Álvaro Moisés (1990), cujos principais aspectos serão considerados a seguir.

A perspectiva de análise de José Álvaro Moisés (1990) não é a adotada neste artigo e também diverge da de Maria Victoria Benevides (2002):

[...] os plebiscitos são, **com raras exceções**, utilizados como meio de promover a manifestação de apoio ou de oposição da opinião pública a um determinado esquema de poder. Por essa razão, a consulta centra-se, frequentemente, em uma ou mais personagens históricas, à qual ou às quais se associa a sorte de um regime político e/ou de uma forma de governo, e para o qual ou para os quais se deseja ampliar ou restringir a base de apoio popular; [...] ao contrário dos referendos – que tendem a se integrar na dinâmica de funcionamento do sistema político – os plebiscitos [...] se constituem numa espécie de expediente circunstancial que, se bem é verdade que se apoiem na manifestação popular, excluem a prática permanente de quaisquer mecanismos de participação popular, sem falar que, na maior parte das vezes, utilizam-se da sua manifestação para reforçar um determinado esquema de poder. Nesse sentido, poderia se dizer que *plebiscitos e referendos* distinguem-se, substancialmente, em função da natureza cesarista do primeiro e participacionista do segundo. Portanto, caberia falar, propriamente, de um instrumento de aperfeiçoamento da democracia representativa, no sentido do alargamento da participação, somente no caso dos referendos. Os plebiscitos embora impliquem uma forma específica e um grau determinado de participação popular, orientam-se, menos para a plena manifestação da vontade dos cidadãos, e mais para o reforço de uma determinada situação de poder, o que, muitas vezes, pode significar, precisamente, consolidar uma situação que não é favorável à ampliação da participação popular na vida política. [...] em última análise **[os plebiscitos] não são convocados para ampliar a participação, mas para canalizá-la, embora as garantias de que isso venha a ocorrer não sejam nunca inteiramente seguras.**" (MOISÉS, 1990, p. 81, grifos meus).

Há uma tendência a confundir o plebiscito como instrumento de manipulação política sob o controle pessoal de um chefe ou líder de governo ou como instrumento para o golpe de Estado, em virtude de experiências históricas de natureza totalitárias. As experiências que a história revela não devem ser descartadas ou tratadas como se fossem irrelevantes, visto que assinalam alternativas concretas para que se evite a utilização totalitária e desvirtuada do plebiscito – desvirtuada porque nega a democracia em vez de afirmá-la.

Os mecanismos de democracia direta, como já afirmado, são importantes fatores de educação política apesar da ressalva de Sartori (1994) e das preocupações de José Álvaro Moisés (1990):



[...] a participação política através da participação em processos decisórios, de interesse público – como em referendos, plebiscitos e iniciativas populares –, é importante em si, independentemente do resultado do processo. As campanhas que precedem às consultas populares têm uma função informativa e educativa, de valor inegável, tanto para os participantes do lado “do povo”, quanto para os próprios dirigentes e lideranças políticas. Para estes últimos, por exemplo, a realização de um referendo pode ser utilíssima como instrumento de informação sobre opiniões ou avaliações acerca de problemas específicos, quando faz emergir a opinião da minoria, mas uma minoria muito “maior” do que se imaginava. E no caso das iniciativas populares, mesmo quando as propostas não conseguem ser qualificadas para a votação (requisitos formais não cumpridos), o processo todo é, em si, instrumento para a busca da legitimidade política. Possibilita, nas suas diferentes fases, uma efetiva discussão pública sobre as questões em causa, contribuindo, assim, decisivamente, para a educação política do cidadão (BENEVIDES, 2002, p. 198).

A maneira de regular e convocar os institutos do plebiscito e do referendo é que define se haverá ou não a possibilidade de uma manipulação política com o fim apenas de fortalecer o poder pessoal do chefe de Estado. Dessa forma, não se pode conceber o plebiscito associado à imagem da pessoa do governante; o instituto deve estar desvinculado das atribuições de competência do Presidente da República e devem-se evitar interferências desmedidas do chefe de Estado no processo decisório de uma consulta plebiscitária.

Questão relevante é a que se refere ao fato de o plebiscito tender a ser usado em situações políticas de grave crise, conduzindo a nação que dele se utiliza nessas circunstâncias para uma situação de crise ainda maior. Para evitar essa utilização desvirtuada do plebiscito, deve-se adotar as precauções necessárias para impedir a utilização dos mecanismos de democracia direta com o fim de fortalecer o poder pessoal do chefe de Estado. Afinal, o argumento de que o plebiscito tende a provocar crises revela um pensamento que busca a estabilidade num sentido puramente conservador ao admitir implicitamente que o plebiscito só seria eficaz se não trouxesse quaisquer mudanças e riscos a elas inerentes.

O que se observa ao longo da história (e, isso, evidentemente, também é válido para o caso do Brasil) é que mesmo eleições podem ser fatores de risco e crise. Nota-se, ainda, no comportamento político de muitos eleitores, o medo de destinar o seu voto a certos candidatos, porque entendem que a eventual vitória de candidatos por eles indesejados poderia gerar situações de grave crise.



Quanto ao receio de que os mecanismos de democracia direta esvaziem os partidos políticos, isolem o Poder Legislativo ou desautorizem os parlamentares é possível afirmar que é um reflexo de uma postura paternalista, fruto de uma tradição oligárquica da política que pressupõe um povo sendo conduzido por líderes sábios e magnânimos, e é também intrinsecamente frágil, tendo-se em vista que a definição e implementação dos mecanismos de democracia direta devem ser feitos num contexto democrático, logo, com a participação fundamental dos partidos políticos e do próprio Legislativo.

Um aspecto importante que deve ser considerado é o referente à democratização do processo decisório e à pluralização dos agentes que conduzem o processo político, efeitos da adoção dos institutos da democracia direta, que até podem aumentar o grau de incerteza sobre o resultado das decisões políticas. Ocorre que, num contexto democrático, não é admissível adotar os mecanismos de consulta popular apenas para atender as expectativas e previsões de decisão dos parlamentares. A iniciativa popular deve funcionar, inclusive, como um estímulo a atuação parlamentar, tirando o Legislativo da inércia no tratamento de determinadas matérias.

Além disso, a possibilidade da utilização mais ampla dos institutos de democracia direta pode favorecer um rearranjo no padrão de negociação entre os grandes e os pequenos partidos no Parlamento, visto que mesmo estes últimos poderiam se servir do plebiscito para conseguir implementar pontos importantes de seus programas partidários que eventualmente recebam aprovação popular (matérias relativas ao meio ambiente, por exemplo), mas que não sejam contemplados nos debates parlamentares e nem tenham prosseguimento no processo legislativo (aliás, tendo-se em vista a personificação das campanhas eleitorais, nem mesmo durante as eleições os programas partidários têm sido seriamente discutidos).

Deixar que os cidadãos decidam sobre questões de natureza suprapartidária pode evitar que os partidos se desgastem no Parlamento e diante do eleitorado, em disputas ou embates acirrados. Questões de ordem moral ou as relativas a sentimentos regionais, por exemplo, poderiam ser destinadas à apreciação popular através dos institutos da democracia direta. Essas questões são tratadas de forma



muitas vezes emotiva pelos cidadãos, mas dessa situação também não estão excluídos os parlamentares.

Se no Parlamento as discussões ou negociações são matizadas e calibradas durante o próprio processo de elaboração legislativa, e nas decisões tomadas em plebiscito e referendo as decisões são rigidamente fechadas, deve-se considerar que a implementação dos institutos de democracia direta passa por controle e fiscalização, tarefa em que os parlamentares estão envolvidos, o que também implica considerar que as decisões devem ser tomadas num contexto de democratização das informações e do debate público. Os cidadãos são chamados a decidir em termos de “sim” e “não”, mas até que a questão seja formulada e efetivamente proposta, é preciso lembrar que as discussões políticas, o debate público em torno da proposta a ser apresentada para a consulta popular, e mesmo a fiscalização do Poder Judiciário sobre o processo decisório, contribuem para um progressivo amadurecimento dessa decisão popular.

Outra ideia muito difundida, inclusive no Brasil, é a de que os cidadãos não têm preparo intelectual ou técnico para votar. Se se admite essa tese, não seria aceitável também que esses mesmos cidadãos votassem em seus representantes. De igual maneira, não há nada que leve à suposição prévia de que os representantes do povo, só por estarem nessa posição, tenham intrinsecamente uma capacidade intelectual e técnica de especialistas para decidir, sempre responsabilmente, sobre as mesmas questões que poderiam ser apresentadas para a decisão popular. É preciso ter claro que o cidadão decide sobre fins, objetivos a serem alcançados, deixando as questões da técnica legislativa e a definição dos meios a serem utilizados para a realização da consulta popular na órbita de decisão do Parlamento e do Judiciário.

A propaganda e a pressão política, patrocinada e exercida por grandes grupos econômicos e *lobbies*, atingem os cidadãos da mesma forma que podem atingir os parlamentares – ambos são igualmente vulneráveis quanto a esse aspecto do processo decisório. É admissível que o poder desses grupos de interesse organizados seja exercido de forma mais sutil, menos visível, no Parlamento do que sobre a massa de cidadãos, até pelo número consideravelmente menor de



parlamentares que podem ser atraídos para a esfera de interesses desses grandes grupos.

Não se pretende, afinal, com a adoção dos mecanismos de democracia direta, que os cidadãos decidam sobre todas as matérias; portanto, não há que se falar em “saturação cívica” dos cidadãos como resultado de uma possível exigência de que os eleitores estejam sempre votando propostas. O oposto, porém, também deve ser levado em consideração: um excesso de representação pode levar a um descrédito progressivo quanto à importância da participação política. Por isso, nunca é demais lembrar que os mecanismos da democracia direta devem estar associados, numa relação de complementaridade, com os mecanismos da democracia representativa.

Outro argumento muito comum para combater a adoção dos mecanismos de democracia direta é o de que as decisões políticas vêm assumido um caráter mais técnico. Mas esse fato não anula a natureza de tais decisões: estas permanecem essencialmente qualificadas como decisões políticas, que afetam as relações de poder nas sociedades contemporâneas e que tangenciam direitos e garantias fundamentais. A participação popular em tais decisões, portanto, é crucial, se não se perder de vista, é claro, o contexto democrático em que deve ser implementada tal concepção.

Não são, portanto, os institutos da democracia direta fatores, por si mesmos, geradores da desordem ou da instabilidade social ou política. A forma de convocação, a definição da titularidade da convocação, os critérios de avaliação de propostas apresentadas, a definição das matérias que podem ou não ser objeto do plebiscito e do referendo, a definição da competência para o acompanhamento do processo de consulta popular, o controle e a fiscalização da influência exercida pelos grupos de interesse organizados sobre o processo decisório, bem como as garantias de democratização da informação e do debate público, são medidas que impedem o uso desvirtuado desses institutos. A questão que deve ser examinada com muito cuidado, portanto, é se a legislação em vigor no Brasil, referente aos mecanismos da democracia direta, satisfazem esses requisitos.



4 CONCLUSÃO

O plebiscito, o referendo e a iniciativa popular são instrumentos eficientes para realizar maior inclusão dos cidadãos no processo político, garantindo-se assim a superação paulatina de uma tradição autoritária que marca o Estado no Brasil com a perpetuação das elites econômicas no poder e a satisfação prioritária dos seus próprios interesses.

É evidente, no entanto, que com essas medidas não se obterá a superação da desigualdade nas relações de força atuantes no Estado capitalista, que, ao apresentar estratégias de inclusão dos cidadãos, realiza apenas uma inclusão assimétrica dos grupos sociais ou frações de classe. O que se pretende é aprofundar a democratização da vida política no Brasil com a desmontagem progressiva de um sistema político de natureza oligárquica.

Avançando ainda mais na análise, é possível identificar, num mundo marcado pela globalização, novas formas de convivência entre os indivíduos, e novas formas de os indivíduos encararem as instituições tradicionais (casamento, família, Estado, etc.).

É preciso não mais perder de vista as novas possibilidades de realização de movimentos sociais (tal como demonstrado pelas manifestações de junho de 2013) e de participação política popular em que haja também uma ampliação dos contatos entre as associações e maiores trocas de informações e experiências. Isso só contribui para o incremento da atuação política dos cidadãos pela conformação de redes ou teias de relações que se intercomunicam, ampliando mesmo a solidariedade entre os indivíduos.

Nesse sentido, os mecanismos da democracia direta podem viabilizar uma prática democrática menos formal, menos procedimentalista (no sentido schumpeteriano), e desenvolver, na esfera política, uma prática democrática que, por contar com uma participação mais efetiva dos cidadãos no processo decisório, possa tornar realidade uma democracia participativa, de caráter substantivo.



REFERÊNCIAS

- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 3. ed. São Paulo: Ática, 2002.
- BOBBIO, Norberto **Três ensaios sobre a democracia**. São Paulo: Cardim-Alario, 1991.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- DAHL, Robert Alan. **Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.
- DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- MOISÉS, José Álvaro. **Cidadania e participação: ensaio sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição**. São Paulo: Marco Zero, 1990.
- OCKE DE FREITAS, João Paulo. **Plebiscito, referendo e iniciativa popular: mecanismos para o exercício de uma democracia substantiva**. Monografia (grau de bacharel). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.
- PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- SAES, Décio **Democracia**. São Paulo: Ática, 1987.
- SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática. v. 1, 1994.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL¹

CONSTITUTIONAL REDRESS

Vivian Zaroni²

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo primordial traçar linhas mínimas de conhecimento sobre a reclamação constitucional. Iniciará os estudos pelo nascimento surpreendente deste instituto, por meio de uma construção jurisprudencial baseada na teoria dos poderes implícitos, evoluindo até a sua inclusão no texto da Carta Magna de 1988. Sua presença no ordenamento jurídico levará a inúmeros questionamentos relacionados à sua natureza jurídica. Natureza essa capaz de solucionar diversas questões práticas no dia a dia do operador do direito.

Palavras-chave: Direito constitucional; Reclamação constitucional; Processo constitucional.

Abstract

This work has as main goal to draw lines of minimum knowledge about the constitutional complaint. Initiate studies on the birth of this amazing institute, through a jurisprudential construction based on the theory of implied powers, evolving to its inclusion in the text of the 1988 Constitution. His presence in the legal system will lead to numerous questions related to its legal nature. Nature that can address several practical issues in the daily operator's right.

Keywords: Constitutional law; Constitutional complaint; Constitutional process.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo primordial traçar linhas mínimas de conhecimento sobre a reclamação constitucional.

¹ Trabalho submetido em 30/08/2013, pareceres finalizados em 01/09/2013, aprovação comunicada em 05/09/2013.

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; pós-graduada em Relações Internacionais pela FAE Business School; pós-graduada em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco/Marcato; mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; e assessora jurídica no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: <vivizaroni@hotmail.com>



Iniciará os estudos pelo nascimento surpreendente deste instituto, por meio de uma construção jurisprudencial baseada na teoria dos poderes implícitos, evoluindo até a sua inclusão no texto da Carta Magna de 1988.

Sua presença no ordenamento jurídico levará a inúmeros questionamentos relacionados à sua natureza jurídica. Natureza essa capaz de solucionar diversas questões práticas no dia a dia do operador do direito.

Embora, ainda, sem uma resposta pronta e acabada, sobre a sua natureza, a sua utilização pelo operador nos conduzirá aos contornos necessários a sua existência. Em outras palavras, quais as condições para existência e validade deste instituto.

Embora não considerado ação, pela unanimidade, as suas condições coincidem com aquelas necessárias à ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*.

O estudo destas condições conduzirá o leitor, ainda, mais próximo daquilo que se pretende com este instituto no ordenamento jurídico.

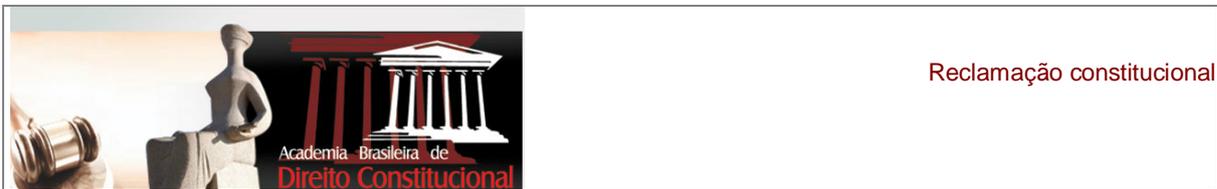
Para finalizar, passaremos a uma breve análise de quatro questões submetidas aos nossos tribunais que, ainda, são tormentosas e que fazem deste instituto uma incógnita aos estudiosos e operadores do direito.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO

Fazer uma breve abordagem histórica do instituto da reclamação constitucional e delinear, brevemente, as principais fases que o instituto passou no Brasil são essenciais para que se possa melhor compreendê-lo.

A primeira fase fora denominada de “*fase da formulação*”. Durante este período não havia qualquer previsão legislativa do instituto da reclamação constitucional.

Tratou-se de uma construção jurisprudencial baseada na teoria norte-americana do “*inherent powers*” ou “*implied powers*” utilizada pela Suprema Corte Americana nos casos *MacCulloch vs. Maryland* e *Mayer v. EUA*.



A teoria dos poderes implícitos, como é conhecida no Brasil, foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para garantir sua competência ou mesmo autoridade de suas decisões quando não havia qualquer disposição legal que o permitisse assim proceder.

A competência não expressa dos Tribunais Federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão seria o poder outorgado ao STF de julgar recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas Justiças locais. A criação de um remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças está na vocação do STF e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de reclamação, como o Supremo tem feito. É de ser julgada procedente a reclamação quando a justiça local deixa de atender a decisão do STF. (STF, Recl. 141/52, Rel. Min. Rocha Lagoa, Tribunal Pleno. dj. 25.01.1952).

Essa teoria baseia-se no fato de que a Constituição Federal atribui competências e, desta forma, ela implicitamente permite que a estes, a quem foram atribuídas tais competências, possam utilizar-se de mecanismos para garanti-la, porquanto de nada adianta atribuir essas competências se não há formas de as fazer prevalecer.

Trata-se de fundamentos de hermenêutica constitucional, da garantia dos princípios da máxima efetividade da norma constitucional ou, mesmo, da garantia da supremacia da Constituição. Assim já se manifestou o Pretório Excelso no julgamento *in verbis*:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. (...) 7. **Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.** Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. (...). (STF, HC 91661, Rel. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 10/03/2009) (grifei e negritei).

Durante alguns anos o Supremo Tribunal Federal assim procedeu e foi, então, que em 1957 o instituto fora, pela primeira vez, previsto formalmente no



Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal por proposta dos Ministros Lafayette de Andrada e Ribeiro da Costa³. Tal proposta decorreria da competência atribuída aos Tribunais para elaboração de seus regimentos internos prevista na Constituição de 1946, em seu artigo 97, II⁴.

Inicia-se, assim, a segunda fase denominada de “*discussão*”.

A “*fase da discussão*” fora fundamental para atribuir raiz a este instituto. Não mais caberiam discussões, pelos Ministros do Pretório Excelso, sobre sua viabilidade ou não, devido a ausência de previsão expressa. Este momento fora o marco para proteção da coisa julgada constitucional.

Com o advento da Constituição Federal de 1967 consagra-se este instituto formando-se a “*fase da consolidação*”.

Durante a “*fase da discussão*” apesar de sua expressa previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, iniciou-se o debate sobre a impossibilidade, incompetência, do Supremo para tratar sobre matéria de processo, o que mais uma vez colocaria o instituto em dúvida. Durante este período questionou-se a constitucionalidade de tal dispositivo.

A fim de findar tais discussões, o artigo 115 da Constituição de 1967, apesar de não tratar expressamente da Reclamação, assim previu: “Art. 115: O Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas. Parágrafo único: O Regimento Interno estabelecerá: (...) c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso.” (grifei).

O debate levantado sobre a constitucionalidade das disposições do Regimento Interno sobre o instituto fora silenciado por uma nova disposição

³ “(...) Como é sabido, a reclamação, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões, é fruto de criação pretoriana. Afirmava-se que ela decorreria da idéia dos implied powers deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos 2. Em 1957, aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (...)” (STF, Rcl. 5470, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. j. 29/02/2008).

⁴ Artigo 97: “Compete aos Tribunais: (...) II – Elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.”



legislativa e, agora, uma disposição constitucional que consolidara a reclamação no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto realmente consagrou-se, entretanto, na quarta e última fase, denominada de “*fase de definição*”. A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu texto a possibilidade de apresentação de reclamação constitucional como forma de garantir a competência e a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal⁵.

Aqui, também, a Constituição previu a possibilidade deste instituto para garantia da competência e autoridade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça⁶. Mais tardar, com a introdução da Súmula Vinculante ao ordenamento jurídico, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, a reclamação fora viabilizada, também, como forma de garantir a autoridade daquela⁷.

Com a consagração constitucional do instituto foram surgindo diversas normas infraconstitucionais que vieram regulamentá-lo, podemos citar algumas delas dentre as quais a Lei 8.038/90, 8.457/92, 9.882/99 e 11.417/06.

2 NATUREZA JURÍDICA

Durante todas as fases pelo qual fora submetida à reclamação constitucional em nenhuma delas se conseguiu definir, consensualmente, qual sua natureza jurídica.

⁵ “Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente, a guarda da Constituição cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: l) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

⁶ “Art. 105 Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: (...) f) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

⁷ “Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (...) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação a Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”



O presente trabalho não irá abordar profundamente a questão, seja porque se exigiria um trabalho científico muito mais profundo e longo, seja porque a própria doutrina nos dias atuais não conseguiu defini-la de maneira uniforme. O que se pretende, tão somente, é apontar as três principais correntes, com seus prós e contras, que são adotadas pela jurisprudência nacional ou mesmo defendida pela maior parte dos estudiosos.

Em um primeiro momento os doutrinadores sequer conseguiram definir se estava a se tratar de uma questão administrativa ou jurisdicional. Atualmente este impasse já fora vencido e admitiu-se ser a reclamação instituto jurisdicional. Sua colocação como preceito de ordem administrativa somente se justificava quando tal instituto era confundido com a correição parcial.

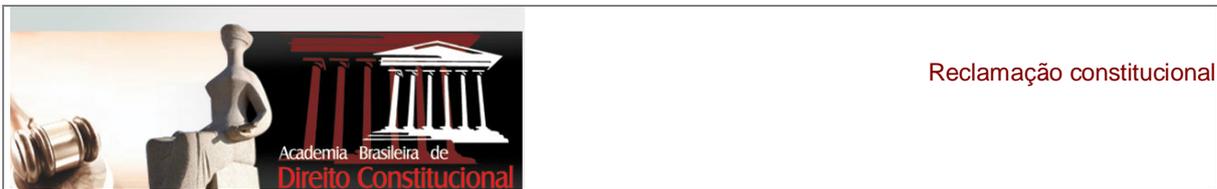
Como se vê, a definição de sua natureza jurídica não constitui tarefa fácil, por inexistir consenso na doutrina e na jurisprudência. Pacificado está somente o entendimento de se tratar a reclamação de medida jurisdicional, pondo fim à antiga discussão de que a reclamação constituiria mera medida administrativa. Tal entendimento de quando o instituto era identificado com a correição parcial, mas, como explicita Marcelo Navarro Dantas, o fato de a jurisprudência do STF reconhecer, na reclamação, seu poder de produzir alterações em decisões tomadas em processo jurisdicional e da decisão em reclamação produzir coisa julgada confirmam seu caráter jurisdicional. (MENDES, 2006, p. 24).

2.1 Direito de petição

O Direito de petição, garantido constitucionalmente no artigo 5º, XXXIV, a, como trazido por Uadi Lammêgo Bulos é um “Direito Público subjetivo de índole essencialmente democrática, assegurado à generalidade das pessoas pela Carta Política.” (BULOS, 2007, p. 556). Jose Carvalho dos Santos Filho (2007, p. 833) nos adverte, ainda, estar-se diante de um instrumento de controle administrativo.

A professora Ada Pellegrine Grinover em sua obra, então, utiliza-se da reclamação como exemplo de um direito de petição:

É o que ocorre claramente quando se cuida da reclamação aos tribunais, com o objetivo de assegurar a autoridade de suas decisões: não se trata de uma ação, uma vez que não se vai discutir a causa com um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la; não se trata de incidente



processual, porquanto o processo já se encerrou. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento. (GRINOVER *apud* BARBOSA, 2009, p. 31).

Baseada nos ensinamentos da d. professora, a Ministra Ellen Gracie em julgado de sua relatoria posicionou-se no mesmo sentido, exteriorizando o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. **A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal.** Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF)(...). (STF, ADI 2212, Rel. Ellen Gracie, Tribunal Pleno. j. 02/10/2003) (grifei e negritei).

Ocorre, no entanto, que o próprio Supremo se contradiz em seus julgados, botando em xeque a decisão de se adotar a natureza jurídica da reclamação como um direito de petição⁸.

Ora, o direito de petição, tal qual propõe José dos Santos Carvalho Filho, implica em uma medida de controle administrativo. Como se pode admitir que uma medida administrativa exerça controle sobre uma medida jurisdicional?!? Aceitar tal fato seria ignorar a independência e harmonia dos Poderes tal qual estabelecida na Carta Magna.

Se se trata de uma medida administrativa, um direito de petição, impossível seria admitir-se a cobrança de custas judiciais para propositura de tal instrumento, porquanto é de conhecimento de todos que o direito a petição é um direito gratuito (art. 5º, XXXIV da Constituição Federal).

⁸ Tal afirmativa tornar-se-á mais clara com o decorrer do presente trabalho que colacionará diversos julgados que contradizem a posição expressamente citada no julgado de relatoria da Ministra Ellen Gracie.



A jurisprudência exige a capacidade postulatória para tal ato⁹, em outras palavras, o cumprimento de pressupostos processuais e das condições da ação para tal instituto¹⁰. Uma medida administrativa não as exige.

A Lei 8.038/90, que regulamenta o instituto da reclamação constitucional, em seu artigo 13, exige a provocação da jurisdição (inércia da jurisdição) para dar existência à reclamação, já ao se tratar de um ato administrativo é possível sua revisão de ofício.

Nas decisões proferidas em reclamações constitucionais é possível a apresentação de embargos de declaração, agravo regimental, dentre outros recurso. Ora, se estivéssemos diante de um ato administrativo somente seria possível a apresentação de um recurso administrativo.

Nério Andrade de Brida esclarece bem a impossibilidade de se estar diante de uma medida administrativa:

Não se pode confundir a reclamação constitucional com qualquer modalidade de medida administrativa, diz o mesmo pensador, pois “cassar uma decisão é típica atividade jurisdicional, sendo absurdo pensar em medidas puramente administrativas capazes de banir a eficácia de atos de exercício da jurisdição”, sendo outra confirmação a saber, a de que não há pessoas legitimadas especificamente para processar e julgar a reclamação constitucional, pelo que, se administrativo, não poderia haver a limitação pois poderia o tribunal promovê-lo de ofício, como qualquer ato administrativo de autoridade superior.

A compreensão da reclamação como medida administrativa não suporta as características que pesam sobre o instituto. Já foi salientado antes que é dado ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a capacidade de cassar quaisquer decisões judiciais ou mesmo, atos administrativos que comportem em inobservância da autoridade de suas decisões, ou mesmo, avocar processo de sua competência em fase de órgãos judiciários que não detém vinculação administrativa com esses tribunais, sem o qual não se poderia falar em instrumento correicional. Até mesmo porque, os tribunais têm livre o poder e competência para exercer seus atos administrativos no ínterim de sua hierarquia administrativa, não

⁹ Reclamação. Ausência de capacidade postulatória da parte reclamante. Somente nos casos em que a lei expressamente excepciona no sentido de admitir capacidade postulatória a quem não tenha os conhecimentos técnicos exigidos pela lei para a propositura das ações e dos instrumentos processuais em geral, é que será possível admiti-la a quem não os possua. Precedente: Rcl 678, Moreira. (STF, Rcl. 729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/98)

¹⁰ “(...) não se tratasse a reclamação de ação judicial, seguramente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não estariam atentos, como na verdade estão, ao preenchimento das condições da ação, de modo que não se prestariam ao papel de negar seguimento ao pedido baseado na moderna teoria eclética da ação.” (ANJOS *apud* BRIDA, 2007, p. 224).



podendo este poder ser usurpado por outros tribunais, mesmo que de superposição, pois não são vinculados administrativamente à estes. O contrário afrontaria necessariamente o princípio da independência e harmonia entre os poderes, fazendo com que, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça pudessem, sem exercer atividade jurisdicional, cassar decisões dos demais tribunais, o que seria uma aberração. (BRIDA, 2007, p. 219-220).

Esses são alguns dos motivos que levam a crer que não é possível admitir ter a reclamação constitucional natureza jurídica de direito de petição.

2.2 Incidente processual

Egas D. Moniz de Aragão aduziu ter a reclamação constitucional natureza jurídica de incidente processual.

(...) a reclamação, longe de ser uma ação ou um recurso, é um incidente processual, provocado pela parte ou pelo Procurador-Geral, visando a que o Supremo Tribunal imponha a sua competência quando usurpada, explícita ou implicitamente, por outro qualquer tribunal ou juiz. (ARAGÃO *apud* BARBOSA, 2009, p. 31).

Ao se admitir a reclamação como incidente processual está-se afirmando que tal instrumento estará sempre vinculado a um processo de origem. Tratar-se-á de um mero desdobramento de uma demanda já existente.

O Superior Tribunal de Justiça aderiu a tal teoria¹¹, conforme se depreende de recente julgado de relatoria do Ministro Humberto Martins. Não há que se falar em estabelecimento de uma nova relação processual, há tão somente um incidente no processo já existente.

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. AUTORIDADE RECLAMADA. EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO. ART. 134, I E III, DO CPC.

¹¹ Este posicionamento também fica evidenciado quando se considera que é incabível a condenação em honorários advocatícios em sede de reclamação: RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUTOS DE RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS APÓS A IMPETRAÇÃO. **HONORÁRIOS DE ADVOGADO EM SEDE DE RECLAMAÇÃO. DESCABIMENTO.** PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.(...) 2. **É vedada a condenação em verba de patrocínio na reclamação.** Precedente. (...) (STJ, Rcl 2017, Rel. Min. Jane Silva, 3ª Seção, J. 08/10/2008) (grifei e negritei).



INCABÍVEL. OFERTA DE INFORMAÇÕES. ART. 14, I, DA LEI 8.038/90. FUNÇÃO LEGAL E REGULAR. NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO. DIREITO MATERIAL. PROCESSAMENTO. LÓGICA E DITAMES PROCESSUAIS. (...) 4. Há debate judicial e doutrinário sobre a natureza da reclamação constitucional. É sabido que o STF delimitou que configura um direito material - petição -, que pode ser previsto em textos constitucionais estaduais sem afrontar a competência legislativa da União (ADI 2.212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 2.10.2003, publicado no DJ em 14.11.2003, p. 11, Ementário vol. 2.132-13, p. 2.403). **Todavia, o seu processamento atende aos ditames processuais e, neste outro ângulo, submete-se à lógica atinente ao direito processual.** Pedido julgado improcedente. “A reclamação processa-se como uma ação, como um Mandado de Segurança, **porém pode ser entendido como um remédio constitucional ou mesmo um incidente.** (STJ, Pet. na Rcl 5488, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, J. 26/10/2011) (grifei e negritei).

Uma crítica a essa teoria, no entanto, a torna inócua. Se se está diante de um incidente processual, como é possível admitir a propositura de reclamação constitucional por usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para instauração e presidência de inquérito policial?! Em tal caso, não há uma demanda jurisdicional que permita o seu mero desdobramento.

Ante o exposto, é de difícil sustentação a atribuição da natureza jurídica de incidente processual a reclamação constitucional.

2.3 Ação

A teoria mais aceita pela doutrina brasileira, a respeito da natureza jurídica da reclamação, é a de que consiste em um direito de ação. Uma ação autônoma de impugnação de ato judicial por meio de provocação do poder jurisdicional.

Para os defensores desta teoria tratar-se-ia de um instituto que se reveste das principais características que envolvem a ação: pressupostos processuais (partes, pedido e causa de pedir) e, mesmo, as condições da ação (legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido).

Gilmar Mendes explicita:

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que



pretendem ver preservadas a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte. (MENDES, 2006, p. 25).

José da Silva Pacheco também se manifestou nesse sentido:

Trata-se, na realidade, de ação, fundada no direito de que a resolução seja pronunciada pela autoridade judicial competente: de que a decisão já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos: e de que se eliminam os óbices ou se elidam os estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia das decisões ou à competência para decidir. (PACHECO, 2002, p. 623).

Considerando ser a reclamação um típico direito de ação. Seria possível fazer o seu desdobramento em partes, pedido e causa de pedir.

As partes seriam reclamante e reclamado. Reclamante: aquele que almeja preservar a competência ou a autoridade das decisões da respectiva Corte. Reclamado: aquele responsável por descumprir a decisão ou, ainda, por violar a competência da corte.

O pedido: refere-se a resguardar a competência constitucionalmente determinada e violada ou, ainda, a imposição do cumprimento do julgado antes proferido pela Corte.

E, por fim, a causa de pedir: está vinculada a invasão da competência ou desobediência às decisões antes proferidas pela Corte.

3 CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO DE RECLAMAÇÃO

Para melhor compreender o instituto passaremos a análise das características processuais da Reclamação.

3.1 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido

importa a demonstração, por parte do autor, de que para o tipo de pedido formulado existe abstratamente uma norma que prevê a hipótese ventilada,



tornando-o teoricamente possível, ou, apenas, de que não existe qualquer proibição normativa sobre a pretensão articulada. (FIGUEIRA JR., *apud* COSTA, 2005, p. 55).

Conforme já exposto no presente trabalho, a reclamação com a promulgação da Carta de 1988 passou a ter “status” constitucional. A sua viabilidade jurídica fora garantida pelos artigos “102, I, I”]; “105, I, f” e “103-A, § 3º” da Constituição Federal. Transpondo a idéia de tais artigos é possível afirmar que a possibilidade jurídica da reclamação reduz-se a três hipóteses distintas:

- (a) Preservação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça¹²;
- (b) Garantia da autoridade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal¹³; ou
- (c) Garantia de que nenhum ato ou omissão, administrativa ou judicial, contrarie, negue vigência ou aplique indevidamente súmulas vinculantes¹⁴.

¹² Em trabalho científico Maria Ligia de Magalhães Barbosa disserta de forma bem transparente no que se refere a tal hipótese de cabimento de Reclamação: “Sem embargo, a usurpação da competência do Tribunal pode acontecer de diversos modos, revelando a amplitude do dispositivo, o que explica a riqueza de julgados em que o tribunal recebe reclamações tendo como objeto exatamente a defesa da competência da Corte. Destarte, admite-se reclamação contra ato do Presidente de Tribunal que deixa de remeter, aos Tribunais Superiores, agravo de instrumento interposto em face de decisão denegatória dos recursos de estrito direito (RE ou Resp), na forma do art. 544, do CPC, ou, ainda, quando havia demora injustificada no juízo de admissibilidade desses recursos. Ressalva-se que, em virtude da nova sistemática trazida pela Lei n. 11.672/2008, poderá a reclamação ser cabível na hipótese em que o Tribunal *a quo* não observar o artigo 543-C, § 8º, do CPC. Com efeito, o STF tem admitido o cabimento de reclamação a fim de destrancar recurso especial ou extraordinário retido, na forma do artigo 542, § 3º, do CPV. Contudo, o STJ, *in casu*, é a favor do recebimento da reclamação como simples petição ou pela interposição de agravo de instrumento ou requerimento de medida cautelar, por não vislumbrar usurpação de competência da Corte Federal. (...) Frise-se, por fim, o cabimento da reclamação contra ato de magistrado singular que, usurpando a competência do tribunal, suspende a execução de processo objeto de ação rescisória, sem que haja qualquer decisão do tribunal competente para julgamento da rescisória nesse sentido. Ademais, admite-se reclamação a fim de preservar a competência do tribunal, mesmo quando o ato usurpador for cometido por autoridade administrativa.” (BARBOSA, 2009, p. 48-49).

¹³ Não se pode deixar de mencionar, nesta hipótese de cabimento, a inviabilidade de propositura de reclamação constitucional contra decisão judicial que já tenha transitado em julgado. Assim o enunciado da **Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal**: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.”

¹⁴ Vale, ressaltar, que não é possível a propositura de reclamação por violação a disposição de súmula sem caráter vinculante. “CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SUMULADA. SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CABIMENTO.



Em um primeiro momento, é possível afirmar não haver outras hipóteses de cabimento da Reclamação no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato, no entanto, tem-se mostrado como algo incorreto.

Em decorrência dos fundamentos que trouxeram tal instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, a teoria dos poderes implícitos, algumas outras hipóteses de cabimento de reclamação constitucional foram surgindo nas construções jurisprudenciais.

O presente trabalho abordará algumas delas, no capítulo referente às questões polêmicas decididas pelos tribunais, numa tentativa de melhor esclarecer as viabilidades jurídicas deste instituto.

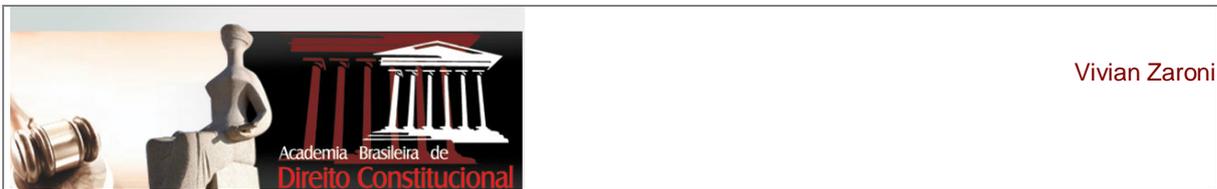
3.2 Interesse de agir

Entende-se por interesse de agir a necessidade da tutela jurisdicional para que se alcance ao bem jurídico lesado.

Com base neste conceito afirma-se que na reclamação constitucional é possível se destacar três formas distintas de viabilizar a tutela jurisdicional. A primeira delas relaciona-se à reclamação como forma de garantir a autoridade dos julgados, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O interesse de agir, em tais casos, somente será encontrado quando houver processo prévio em que tenha havido decisão.

Já para garantia da competência destes tribunais não há que se falar em pressuposição de processo prévio. Ora, para tais casos o interesse surgirá todas as vezes que qualquer agente viole uma competência legalmente estabelecida.

DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO (ART. 161, PAR. ÚN., DO RISTF). AGRAVO REGIMENTAL. A reclamação constitucional (art. 102, I, I da Constituição) não é meio de uniformização de jurisprudência. Tampouco serve como sucedâneo de recurso ou medida judicial eventualmente cabíveis para reformar decisão judicial. **Não cabe reclamação constitucional por alegada violação de entendimento jurisprudencial, independentemente de ele estar consolidado na Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal ("Súmula Tradicional"). Hipótese na qual a orientação sumulada tida por ofendida não era vinculante, nos termos do art. 103-A, § 3º da Constituição.** Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (STF, Rcl. 6135, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, J. 28/08/2009)" (grifei e negritei).



A terceira e última hipótese, que gera polêmicas doutrinárias, está relacionada à possibilidade de reclamação por contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida de súmula vinculante.

A Lei 11.417/2006, que regulamentou a reclamação para hipótese acima aventada, disserta em seu artigo 7º, § 1º, *in verbis*: “Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1º - Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.

Com fulcro neste dispositivo constata-se que o interesse de agir, quando se tratar de omissão ou ato administrativo que contrarie, negue vigência ou aplique indevidamente súmula vinculante, somente se fará presente quando a parte interessada houver esgotado as vias administrativas.

O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal afirma que: “não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Partindo deste pressuposto constitucional, o § 1º do artigo 7º, da Lei 11.417/2006 deveria ser reconhecido como inconstitucional, uma vez que se estaria restringindo o acesso ao Poder Judiciário àquele que não esgotasse as vias administrativas.

No entanto, não é assim que tem se posicionado a mais salutar doutrina e o Pretório Excelso. Para estes doutrinadores, tal dispositivo não está eivado da nulidade da inconstitucionalidade. A sua incursão no corpo da norma teve o objetivo claro de afastar do Poder Judiciário uma enxurrada de reclamações, muitas vezes, desnecessárias. Sob este aspecto, tal dispositivo merece tão somente uma interpretação conforme a Constituição.

Em outras palavras, a inconstitucionalidade do dispositivo somente deve ser reconhecida concretamente quando a sua aplicação gerar efetivo dano ao titular do direito.

A limitação, embora em tese razoável e, portanto, constitucional pode, em concreto, mostrar-se exagerada quando, então, poderá ser afastada em controle difuso de constitucionalidade, após a aplicação do princípio da proporcionalidade. O condicionamento do exercício do direito à jurisdição pode ser feito pelo legislador, mas não pode significar o aniquilamento deste



direito. O exame do interesse de agir, relembre-se, exige a verificação das peculiaridades do caso concreto. Não se justifica, constitucionalmente, a luz do direito fundamental à inafastabilidade (art 5º, XXXV, da CF/88) qualquer regra legal que condicione o exercício do direito de agir a um prévio esgotamento de instâncias extrajudiciais, a pretexto de demonstração do interesse de agir, sem exame das peculiaridades do caso concreto. Não se pode, a priori, definir se há ou não interesse de agir. O legislador não tem esse poder de abstração. Utilidade e necessidade da tutela jurisdicional não podem ser examinadas em tese, independentemente das circunstâncias do caso concreto. (DIDIER JR.; CUNHA, 2008, p. 454).

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de ser obrigatório o esgotamento da via administrativa para que se considere presente o interesse de agir, nestes casos. Assim se depreende de uma decisão proferida pelo Ministro Cezar Peluso:

A reclamante não demonstrou, todavia, haver exaurido as instâncias recursais no Processo Administrativo 2003-1.033.557-0 o que obsta o manejo desta reclamação conforme o §1º do artigo 7º da Lei 11.417/2006. (STF, Recl. 5600, Decisão Monocrática, Min. Cezar Peluso, j. 15/09/2008).

Ante o exposto, há que se reconhecer a constitucionalidade abstrata do dispositivo, confiando na cautela em sua aplicação por aqueles a quem cabe dar interpretação e efetividade à norma.

3.3 Legitimidade “*ad causam*”

A legitimidade para figurar como parte em uma reclamação constitucional deve ser repartida em legitimidade ativa e passiva. A legitimidade ativa deve, ainda, ser segmentada em legitimidade para processos objetivos e para processos subjetivos.

O artigo 13 da Lei 8.038/90 dispõe que possui legitimidade para propositura da reclamação a “parte interessada” e o Ministério Público.

Quanto ao “*parquet*” não há qualquer dúvida, tendo em vista a legitimidade extraordinária atribuída pelo texto da lei, que não faz qualquer distinção entre processos objetivos e subjetivos. É necessário, tão somente, atentar-se para a divisão de atribuições desta instituição, a fim de que os membros competentes atuem perante os respectivos tribunais.



Já no que se refere à “parte interessada” é preciso distinguir processos objetivos de subjetivos. Nos processos denominados subjetivos, a sua identificação é de mais fácil definição.

Ora, para tais casos a legitimidade ativa deve ser identificada em sua forma “original”, ordinária. Em outras palavras, “é legitimada a parte que detém a titularidade ativa da relação jurídica de direito material afirmada na demanda em face de quem é titular do pólo oposto.” (COSTA, 2005, p. 68). Partindo desse princípio, o Supremo Tribunal Federal tem admitido tão somente como partes legítimas aqueles que compareceram a demanda original ou o terceiro juridicamente interessado¹⁵.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO POR SUPOSTA AFRONTA A DECISÕES PROFERIDAS POR ESTA CORTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA 730 E A DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSOS SUBJETIVOS DOS QUAIS O RECLAMANTE NÃO FOI PARTE. IMPROVIMENTO. **I - Não cabe reclamação, utilizada para garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF, por violação a Súmula ou a decisões proferidas em processos subjetivos dos quais o reclamante não foi parte.** Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (STF, Recl. 5130, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. j. 11/10/2007) (grifei e negritei).

RECLAMAÇÃO - GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA - PEDIDO NÃO CONHECIDO. (...) - **A expressão "parte interessada", constante da Lei n. 8.038/90, embora assuma conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados,** devera no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativa ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não e de ser conhecida, eis

¹⁵ Para auxílio do conceito de terceiro juridicamente interessado nos socorremos em lição do Professor Marinoni: “Mediatamente, portanto, as informações do direito material são relevantes para a fixação não do conceito da parte, mas para a separação que aqui se pretende fazer entre a idéia de parte legítima e terceiro interveniente. É o grau do interesse jurídico que atribui ao suleito a condição de parte legítima, de terceiro interessado ou, ainda, de terceiro indiferente. Esse grau de interesse é medido não com base no direito processual, mas sim de acordo com critérios de direito material, segundo os reflexos da decisão da causa sobre a esfera jurídica do sujeito. Com base nesses elementos, pode-se concluir que será parte no processo aquele que demandar em seu nome (ou em nome de quem foi demandada) a atuação de ação de direito material e aquele outro em face de quem essa ação deva ser atuada. Terceiro interessado será, por exclusão, aquele que não efetivar semelhante demanda no processo, mas, por interesse jurídico próprio na solução do conflito (ou, ao menos, afirmar possuí-lo), é autorizado a dele participar sem assumir a condição de parte.” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 162-163).



que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição. (STF, Recl. 397, Rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno. j. 25/11/1992) (grifei e negritei).

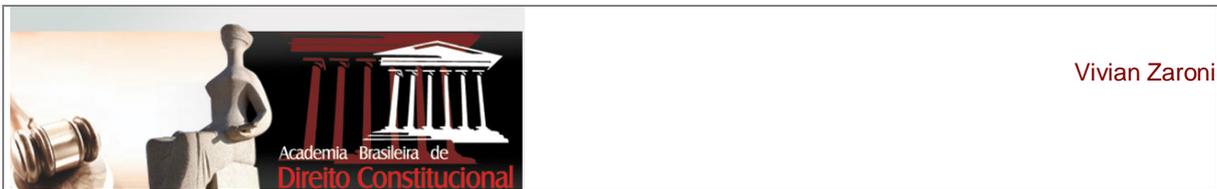
Já no que se refere ao processo objetivo à definição de “parte interessada” sofreu uma transformação na jurisprudência.

Conforme julgado acima colacionado (STF, Recl. 397, Rel. Min. Celso Mello, j. 25/11/1992) o Supremo, por muito tempo, entendeu que estariam legitimados para propor reclamação aqueles que estivessem legalmente legitimados para propositura da demanda objetiva¹⁶ (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental). Durante este período, então, os legitimados seriam somente aqueles trazidos no corpo da norma.

Este entendimento fora alterado nos julgados mais recentes do Tribunal. Para o Supremo, atualmente, “parte interessada”, nestes casos, é toda aquela que fora diretamente atingida pela decisão. É possível afirmar, assim, que a legitimidade está vinculada ao interesse de agir, na medida em que somente será legítima quando à parte puder ser útil o provimento jurisdicional.

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DE AUTORIDADE DE PRECEDENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARESTO FIRMADO EM JULGAMENTO DE ALCANCE SUBJETIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE PARA PROPOR A RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERE DE PLANO O SEGUIMENTO DA RECLAMAÇÃO. 1. Agravo regimental interposto de decisão com a qual se negou seguimento à reclamação, destinada a assegurar a autoridade de precedente da Corte. 2. A reclamação não é instrumento de uniformização jurisprudencial. Tampouco serve de sucedâneo de recurso ou medida judicial cabível para fazer valer o efeito devolutivo pretendido pelo jurisdicionado. **3. Nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, são legitimados à propositura de reclamação todos aqueles que sejam prejudicados por atos contrários às decisões que possuam eficácia vinculante e geral (erga omnes).** Se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente é legitimado ao manejo da reclamação as partes que compuseram a relação processual do aresto. 4. No caso em exame, o reclamante não fez parte da relação processual em que formado o precedente tido por violado (agravo de instrumento julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal). Agravo

¹⁶ Aquelas cujos efeitos da decisão atingem a todos: “*erga omnes*”.



regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (STF, Recl. 6078, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. j. 08/04/2010) (grifei e negritei).

No que tange a legitimidade passiva, como regra geral em simples análise da lei¹⁷, são legitimados tanto a autoridade judiciária como a autoridade administrativa que produzira o ato ou decisão em afronta à competência do Tribunal, a autoridade de suas decisões ou em contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida de súmula vinculante.

Ocorre, no entanto, que os Tribunais tem se posicionado de forma controvertida¹⁸ quanto à possibilidade de autoridade administrativa ser legitimado passivo em casos de reclamação por violação a autoridade de ordem judicial e invasão de competência.

Em voto proferido pela Ministra Denise Arruda, ela transcreve trecho da obra de Alexandre Moreira Tavares dos Santos que bem esclarece essa questão:

Aspecto importante para delimitarmos corretamente o objeto da reclamação é sabermos se a usurpação de competência ou a afronta a autoridade de julgado do STF e do STJ necessariamente devem advir de autoridade judiciária, ou também pode decorrer de ato ou omissão de autoridade administrativa. A questão é de natureza constitucional, uma vez que o instituto se encontra positivado na Carta Política. Na jurisprudência do STF, que é a instância máxima para decidir essa questão, a matéria é controvertida. Nos acórdãos que a enfrentam, vem prevalecendo o entendimento de que a reclamação só é cabível no curso de uma relação processual, e contra ato ou omissão de órgão judiciário. Contudo, há outros que admitem a reclamação contra autoridade administrativa, mas só analisam se houve ou não o descumprimento de decisão da corte, sem fazer nenhuma análise preliminar sobre o cabimento do instituto nesses casos.

No âmbito do STJ, entretanto, a jurisprudência da 1ª Seção pacificou-se estabelecendo ser cabível a reclamação contra ato ou omissão de autoridade administrativa. O principal argumento para os defensores desta tese é que a Constituição e a Lei 8038/90 não vedam o uso da reclamação contra ato ou omissão de autoridade administrativa.

Esse argumento, porém, não nos convence, porque a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais que estabelecem um instituto processual devem ser interpretados (sic) tendo em vista a sua finalidade

¹⁷ Artigo 14, I da Lei 8038/90: “Ao despachar a reclamação, o relator: I – requisitará informações da autoridade a quem foi imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias.”

¹⁸ (STF, Recl. 1728, Rel. Min. Neri da Silveira, 2ª Turma, j. 06/11/2001); (STF, Recl. 1592, Rel. Min. Nelson Jobin, Tribunal Pleno. j. 02/08/2001); (STJ, Recl. 2068, Rel. Min. José Delgado, Tribunal Pleno. j. 13/09/2006); e (STJ, Recl. 2918, Rel. Min. Denise Arruda, Tribunal Pleno. j. 08/10/2008).



dentro do ordenamento jurídico (art. 5º da LICC), não podendo o intérprete manter-se adstrito à interpretação gramatical.

Nesse contexto, a razão de se instituir a reclamação surge, pois, (sic) o STF como instância extraordinária, não tinha como fazer valer de forma imediata suas decisões nem preservar sua competência, enquanto as instâncias ordinárias podem controlar diretamente os atos de seus juízes através dos recursos previstos em lei e da correição parcial.

De outro ângulo, conforme leciona o mestre Pontes de Miranda, a regra no processo civil é o próprio tribunal ter competência para executar seus acórdãos quando proferidos em causa de sua competência originária; e o juiz de primeira instância quando proferidos em grau de recurso. No processo penal, a regra é a mesma, a execução é feita pelo juízo que julgou a causa, seja ele monocrático ou colegiado, caiba ou não recurso.

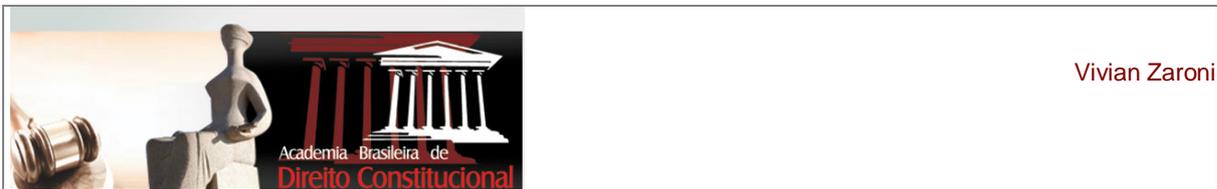
Portanto, tendo em vista nosso sistema processual, a reclamação é inadmissível contra ato de autoridade administrativa, ao menos para assegurar a autoridade das decisões das causas decididas em grau recursal pelo STF e pelo STJ, uma vez que, como lembra Pontes de Miranda: “se os autos baixaram todos os requerimentos não de ser dirigidos ao juiz que dá o cumprimento. Ele é quem tem de executar, ou desfazer, em cumprimento do julgado, o que executou.

Manter a integridade deste sistema não é uma questão meramente teórica, mas principalmente de ordem prática, pois se todos os acórdãos dos tribunais fossem executados pelos mesmos quando não cumpridos voluntariamente pela parte sucumbente impossibilitar-se-ia o funcionamento deste.” (SANTOS, Alexandre Moreira Tavares. *Apud.* STJ, Recl.2068, Voto Ministra Denise Arruda, j. em 13/09/2006)

Não há uma definição conclusiva quanto a esta possibilidade de apresentação de reclamação, frente à autoridade administrativa nestes casos. O que se pode notar, atualmente, é uma forte tendência em inadmitir esta possibilidade, visto que agir de tal forma seria dar uma melhor interpretação e uma maior efetividade ao ordenamento jurídico como um todo que, como se sabe, é o objetivo de todo Estado democrático de direito.

Outra questão que se torna relevante levantar é a possibilidade de participação da parte contrária da ação originária como legitimado passivo na reclamação constitucional e, ainda mais, se esta participação seria decorrente de um litisconsórcio passivo facultativo ou litisconsórcio passivo necessário.

O artigo 15 da Lei 8.038/90 afirma que “qualquer interessado poderá impugnar o pedido da reclamação”. Sob essa perspectiva é fácil constatar que não há qualquer problema em que a parte contrária da ação originária seja parte passiva na reclamação constitucional. No entanto, resta-nos a dúvida seria caso de litisconsórcio passivo necessário?!



O professor Marinoni define litisconsórcio passivo necessário como “aquele que se forma não pela vontade das partes, mas por determinação da lei, ou pela própria natureza da pretensão à tutela do direito deduzida em juízo.” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 165). Susana Henriques da Costa utilizando-se das lições de Liebman afirma que “a legitimidade da parte depende daquilo que a doutrina denomina de situação legitimante, isto é, a situação com base em que se determina qual o sujeito que, em concreto, pode e deve praticar certo ato.” (COSTA, 2005, p. 64).

Com base nestes conceitos é possível extrair que se está sim diante da possibilidade de um litisconsórcio. Ora, a parte juntamente com a autoridade são os responsáveis por alterar a realidade dos fatos, o que a atribui legitimidade passiva. A alteração dessa realidade, assim, necessariamente influenciará a realidade jurídica da parte contrária da relação originária, de maneira que, não por força de lei, mas sim pela natureza da pretensão da tutela do direito deduzido, é possível se falar em litisconsórcio necessário.

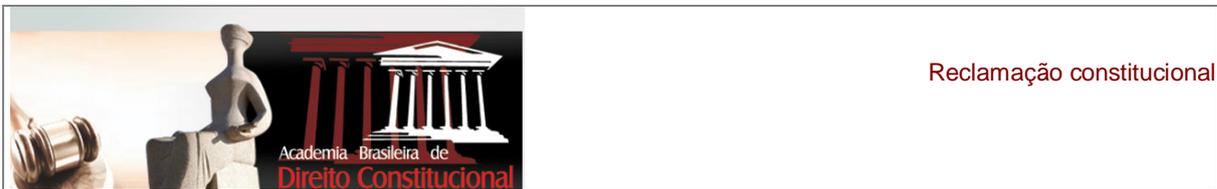
Vale, no entanto, destacar que nesse sentido não há manifestação da jurisprudência de maneira que são efetivamente legitimados passivos as autoridades judiciárias e administrativas nas formas acima colacionadas.

4 QUESTÕES POLÊMICAS DECIDIDAS PELOS TRIBUNAIS

4.1 Direito de Reclamação aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais

Conforme já exposto no presente trabalho o direito à reclamação constitucional surgiu de uma construção jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal da teoria dos poderes implícitos. Em decorrência de tal teoria, a constituição teria implicitamente atribuído aos Tribunais formas de garantir a autoridade de suas decisões e, mais, preservar sua competência, porquanto se assim não fosse, estar-se-ia esvaziando o seu conteúdo normativo.

O Brasil vive um modelo Federativo no qual os Estados-membros possuem autonomia. Como afirma Uadi Lammêgo Bullos:



Pela Carta de 1988, portanto, a autonomia dos Estados atua nos parâmetros circunscritos pelo poder soberano do Estado Federal. A soberania é a potência, a autonomia, a competência, que encontra limites constitucionais. Claro está, pois, que os Estados-membros estão livres para agir e emitir normas consentâneas com suas peculiaridades em uma órbita circunscrita pela Constituição da República. (BULOS, 2007, p. 723).

Sob estes fundamentos, e em obediência ao princípio da simetria, os Tribunais de Justiça dos Estados, também com fulcro em sua competência de auto-organização¹⁹, começaram admitir a reclamação constitucional nos mesmos moldes em que admitida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

As previsões de tal instituto foram incluídas por vezes na própria Constituição do Estado e, por outras vezes, no regimento interno do próprio tribunal. Estas previsões, no entanto, começaram a ser questionadas por estarem, em princípio, maculadas do vício da inconstitucionalidade.

Os questionamentos da constitucionalidade destas disposições foram fundamentados, principalmente, visando à natureza jurídica da reclamação. Partindo-se do princípio que se está diante de um direito de ação, como defendido pela maioria da doutrina, legislar sobre este instituto seria equivalente a legislar sobre processo. Ora, o artigo 22, I da Constituição da República afirma ser de competência exclusiva da União tal legislação, de maneira a proibir o manejo da reclamação nos Tribunais de Justiça por ausência de legislação federal que a autorizasse.

A questão fora levada, então, ao Supremo Tribunal Federal que na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2212, de relatoria da Ministra Ellen Gracie afirmou tratar-se de direito de petição que, portanto, autorizaria a previsão legislativa estadual.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA.

¹⁹ Artigo 96 da Constituição Federal de 1988.



1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. **Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).** 2. **A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.** 3. **A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.** 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (STF, ADI 2212, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 02/10/2003) (grifei e negritei).

Já no que se refere aos Tribunais Regionais Federais a questão é um pouco distinta.

As competências dos Tribunais Regionais estão previstas na própria Carta Magna no seu artigo 108. Partindo deste princípio, por muito tempo, entendeu-se que não caberia a estes Tribunais julgar reclamações, porquanto se assim desejasse o legislador teria previsto tal instrumento, como o fez para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, em decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça²⁰, com fundamento na teoria dos poderes implícitos autorizou-se aos Tribunais Regionais Federais a previsão regimental do instituto da reclamação.

²⁰ PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DE TRIBUNAL NA ESFERA RECURSAL. RECLAMAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INVIABILIDADE. 1. A Constituição Federal de 1988 deu estatura constitucional à Reclamação, prevendo-a, expressamente, entre as competências do STF e do STJ (arts. 102, I, "I", e 105, I, "f"). A matéria está hoje disciplinada pela Lei 8.038/1990, como instrumento processual próprio dos Tribunais Superiores. **2. O princípio da efetividade das decisões judiciais autoriza a utilização da Reclamação no âmbito dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais para garantir a autoridade de suas decisões ou preservar sua competência diante de atos de juízes a eles vinculados.** 3. **A Reclamação dispensa previsão expressa em lei, por se inserir na esfera dos poderes implícitos dos Tribunais, que devem zelar pela preservação da autoridade de suas decisões, sob pena de desmoralização e ruína do ordenamento.** 4. **Mais do que direito, é obrigação do juiz, no intuito de assegurar a plena eficácia de suas decisões, fazer uso de todos os meios disponíveis, desde que não proibidos pelo legislador, incompatíveis com os princípios reitores do Estado de Direito Democrático e do direito processual moderno, ou ofensivos à dignidade da justiça. Logo, em vez de contrariar o sistema processual e judicial brasileiro, a Reclamação é consequência natural da aspiração de segurança e efetividade**



Em consonância com as justificativas apresentadas na ADI2212, estando frente a um mero direito de petição, não há qualquer vedação em nosso ordenamento jurídico para que os Tribunais Regionais Federais prevejam em seus regimentos internos a possibilidade de reclamação para garantia de sua competência e autoridade de suas decisões.

4.2 Possibilidade de Reclamação por Previsão em Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho

O Regimento Interno do Superior Tribunal do Trabalho em seus artigos 190 a 194 criou a possibilidade de apresentação de reclamação constitucional para garantia de sua competência e autoridade de suas decisões.

Em um primeiro momento, tendo em vista o acima explanado quanto à possibilidade de reclamação aos Tribunais Regionais Federais, imaginava-se que não haveria qualquer irregularidade com tais disposições. No entanto, não é o que se depreende da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em recurso extraordinário, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, fora declarada a inconstitucionalidade destas disposições, porquanto, para tal ministro o Supremo já haveria se manifestado reiteradamente quanto à necessidade de instrumento legal formal para criação do instituto da reclamação no que se refere a órgãos de natureza federal.

Assim fundamentou seu voto:

No tocante ao cabimento da reclamação no processo trabalhista, observem que, há muito, o Supremo assentou a necessidade de esse instrumental estar previsto em lei em sentido formal e material, não cabendo criá-lo por meio de regimento interno. Fê-lo quando o extinto Tribunal Federal de Recursos inseriu, via regimento, a reclamação – Representação n. 1092-9/DF, de relatoria do ministro Djaci Falcão, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 1984. Na ocasião, o Tribunal, presente o envolvimento de tema nitidamente constitucional – competência para disciplinar a matéria, competência para normatizar – concluiu pela invasão de competência do Congresso Nacional. (...) **Realmente, não se pode cogitar de disciplina em regimento interno, porquanto a reclamação ganha contornos de verdadeiro recurso, mostrando-se inserida,**

da prestação jurisdicional. (...) 11. Recurso Especial não provido. (STJ, RESP 863.055, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 27/02/2008) (grifei e negritei).



portanto, conforme ressaltado pelo Supremo, no direito constitucional de petição, cumpre, no âmbito federal, ao Congresso Nacional dispor a respeito ainda que o faça, ante a origem da regência do processo do trabalho, mediante lei ordinária. (negritei). (STF, REXT 405.031, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. j. 15/10/2008).

Cumpre ressaltar, entretanto, que esta decisão fora tomada em autos de recurso extraordinário de forma que a declaração de inconstitucionalidade ganhou contornos inter partes.

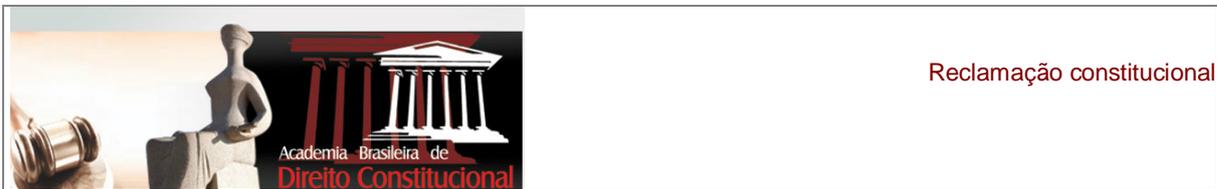
Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade n. 3435, em que se requer seja reconhecida a inconstitucionalidade destes dispositivos do regimento interno do e. Tribunal Superior do Trabalho. Este demanda fora distribuída a relatoria do Ministro Marco Aurélio mas, entretanto, não teve decisão até o momento.

4.3 É possível se utilizar de reclamação para declarar norma idêntica inconstitucional?!

A reclamação constitucional serve como forma de garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Com fundamento neste argumento tentou-se, por meio deste instituto, declarar a inconstitucionalidade de normas idênticas a outras normas que teriam sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo em sede de declaratória de inconstitucionalidade.

O fundamento utilizado fora o da teoria dos motivos determinante. Por meio desta teoria os fundamentos para declaração de uma determinada norma inconstitucional seriam os mesmos a serem utilizados para o reconhecimento da inconstitucionalidade de norma idêntica. Seria possível assim, ampliar os efeitos *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade produzidas em controle abstrato, passando a coisa julgada a abranger também os motivos daquela decisão.

Com efeito, a teoria dos motivos determinantes permite ao STF ampliar o efeito vinculante das suas decisões prolatadas em âmbito de controle concentrado de constitucionalidade para atingir não só a parte dispositiva do acórdão, mas também a *ratio decidendi*, isto é, os fundamentos que levaram àquela determinada conclusão, representando, dessa forma, uma exceção à regra consubstanciada no artigo 469, I do CPC. (BARBOSA, 2009, p. 58).



Ocorre, entretanto, que aplicar a transcendência dos motivos determinantes quando se trata de norma legal implica em ignorar a autonomia que é atribuída ao Poder Legislativo para legislar como melhor aprouver.

Ora, é de conhecimento da comunidade jurídica que os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, bem como, das súmulas vinculantes não vinculam ao Poder Legislativo. Sob estes fundamentos, torna-se possível imaginar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma não possam ser estendidas a outra norma.

O e. Ministro Gilmar Mendes, no entanto, encabeça a possibilidade de utilização da reclamação para tal fim, conforme se depreende de trecho da sua obra:

Como se sabe, cuida-se de um tema assaz difícil no âmbito da teoria da jurisdição constitucional, tendo em vista o perigo de um engessamento da ordem jurídica objetiva. Ademais, caberia indagar se a fórmula adotada pelo legislador no §3º do art. 10 da Lei 9882/1999 importaria na possibilidade de abarcar, com efeito vinculante, as leis de teor idêntico àquela declarada inconstitucional. Em geral, tem-se dado resposta negativa a essa pergunta, com base no argumento relativo à não aplicação do efeito vinculante à atividade legislativa. Assim, lei de teor idêntico àquela declarada inconstitucional somente poderia ser atacada por uma ação autônoma. É possível, porém, que essa controvérsia tenha perfil acentuadamente acadêmico. É que, ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito vinculante dos fundamentos determinantes) à decisão, o Tribunal, em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderá declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade. (MENDES, 2006, p. 46-47).

Tal matéria, ainda, não fora julgada pela Suprema Corte que se encontra dividida quanto a tal possibilidade.

4.4 A possibilidade de apresentação de reclamação ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) de decisões proferidas por Turmas Recursais dos Juizados Especiais em decorrência de Súmula e jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Em decisão prolatada em Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário 571.572²¹, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Supremo reconheceu a

²¹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.



possibilidade de apresentação de reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça para dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil²².

Os fundamentos do referido acórdão são de que como não há, no âmbito dos juizados especiais estaduais, turmas de uniformização de jurisprudência, a reclamação seria o instrumento adequado para tal razão. Para a relatora compete ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar e interpretar o direito federal e, desta forma, como é vedada a interposição de Recurso Especial no âmbito dos Juizados, a fim de garantir uma completa prestação jurisdicional e mesmo a segurança jurídica, deve-se admitir a apresentação de reclamação constitucional.

Com a devida vênia, o que houve foi um desvirtuamento do instituto da reclamação. Como bem salientou o Ministro Marco Aurélio, está-se utilizando a reclamação como sucedâneo recursal e, assim, contrariando posição pacífica do

APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional. (STF, ED em REXT 571.572, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 26/08/2009).

²² Para Regulamentação do procedimento desta Reclamação Constitucional como características próprias o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução 12 de 2009.



Supremo Tribunal Federal. Para ele admiti-la, nestas hipóteses, seria, até mesmo, uma forma de insegurança jurídica.

Completando seu voto, lembrou o Ministro Marco Aurélio que a ausência da criação da Turma de Uniformização por lei pode ser apreciada pelo Supremo quando interposta ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Em trabalho acadêmico sobre o tema Dimas Dias Pinto aponta diversas outras razões que atribuem a esta reclamação o caráter de recurso, descaracterizando, assim, por total o instituto.

Para regulamentar a reclamação sugerida pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça criou a Resolução n. 12/2009 (Apêndice B), que “dispõe sobre o processamento das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência” da Corte. E acabou por conferir à reclamação feições de recurso especial repetitivo (art. 543-C, do CPC) ao estabelecer prazo (de quinze dias) para o seu ajuizamento, além de permitir ao relator o deferimento de medida liminar com a determinação de suspensão do trâmite de todos os processos do país que tenham como objeto a mesma controvérsia. Sabemos que a Lei 8038/1990 não estabeleceu prazo para o ajuizamento da reclamação, quando utilizada nos termos originariamente concebidos pela Constituição Federal, ressalvada a hipótese prevista no Enunciado Sumular n. 734 do STF, que estabelece o descabimento desse instituto quando já houver o trânsito em julgado do ato judicial que se alega ter desrespeitado decisão do Supremo. Na verdade, essa nova reclamação não possui essência de reclamação, mas sim de recurso. E, a despeito da boa intenção da Corte Suprema em determinar ao STJ a apreciação da matéria federal comum advinda dos juizados, a reclamação foi, equivocadamente, criada para que o STJ afastasse a divergência entre a jurisprudência e as decisões proferidas no âmbito dos juizados estaduais. É importante ressaltar que a competência do Superior Tribunal de Justiça somente pode ser alterada por emenda constitucional e a criação desse novo tipo de sucedâneo recursal pelo Supremo acabou por infringir essa competência constitucionalmente prevista. Outro fator desmerecedor de crédito foi a edição da Resolução 12/2009 pelo STJ. Sabemos que compete à União legislar sobre matéria processual, por meio de lei federal, nos termos do art. 22, I da Constituição Federal. Logo, conclui-se que a Resolução 12/2009 não encontra respaldo constitucional para sua vigência e eficácia, já que resolução é ato administrativo. (PINTO, 2010, p. 42-43).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho foi possível delimitar os principais contornos do instituto da reclamação constitucional. Em breves páginas constatou-se a instabilidade que tal instituto, ainda, demonstra aos estudiosos do direito.



De seu nascimento como uma mera construção jurisprudencial, passando por sua natureza jurídica e pela sua aplicação pelos Tribunais brasileiros, percebeu-se que ainda é vã a tentativa de incluí-la em sistema jurídico fechado.

Desde sempre os estudiosos do direito relutam em fugir de conceitos pré-determinados. Com base nessa afirmativa, tenta-se insistentemente realocar a reclamação dentro dos parâmetros já conhecidos.

Ora, a constante contradição que os Tribunais se colocam frente à reclamação demonstra o quanto ela possui contornos próprios e assim deveria ser encarada.

A reclamação passará a ser melhor compreendida e até mesmo melhor aplicada, cumprindo sua função essencial, no momento em que a comunidade jurídica abandonar os ideais de um sistema jurídico fechado e a admitir que, como em qualquer outra ciência, nascerá sempre institutos cuja natureza surpreendem e extrapolam o já conhecido e delimitado entendimento prévio.

REFERÊNCIAS

ANJOS, João Miguel Coelho dos. *Apud* BRIDA, Nério Andrade de. **Reclamação Constitucional**: Instrumento de efetivação da eficácia das decisões de controle difuso de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Umuarama, 2007.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Apud* BARBOSA, Maria Lígia de Magalhães. **Reclamação Constitucional**. Rio de Janeiro, 2009.

BARBOSA, Maria Lígia de Magalhães. **Reclamação Constitucional**. Rio de Janeiro, 2009.

BRIDA, Nério Andrade de. **Reclamação Constitucional**: Instrumento de efetivação da eficácia das decisões de controle difuso de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Umuarama, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA, Susana Henriques. **Condições da Ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodivm, 2008.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Apud* COSTA, Susana Henriques. **Condições da Ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.



GRINOVER, Ada Pellegrine. *Apud* BARBOSA, Maria Lúcia de Magalhães. **Reclamação Constitucional**. Rio de Janeiro, 2009.

MACEDO, André Puppim. **Reclamação Constitucional – Instrumento de garantia da efetividade dos julgados e da preservação da competência do STF**. São Paulo, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. Vol. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. **Direito Público**, n. 12, abr./maio/jun. 2006, Doutrina Brasileira.

PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Dimas Dias. **A possibilidade de interposição de Recurso Especial contra decisão de órgão de segundo grau de juizados especiais**. Brasília, 2010.



PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE, DA PRIMAZIA DA REALIDADE E DA CONTINUIDADE SOB UMA NOVA PERSPECTIVA¹

PRINCIPLES OF NON-WAIVER, THE PRIORITY OF REALITY AND CONTINUITY IN A NEW PERSPECTIVE

Daniel Gemignani²

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade revisitar os princípios consagrados do direito do trabalho, propor novas abordagens e desafios às discussões já conhecidas e travadas doutrinariamente nessa seara. Tem, para tanto, por pretensão o confronto entre as formulações teóricas, as contingências da atuação prática e as disposições legais positivadas, tendo em vista os desafios representados pelo descompasso entre o sistema normativo e as demandas sócio-laborais. Busca-se, assim, instigar discussões sobre o tema, seja por meio da releitura crítica dos princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade, seja através da elaboração de proposições e adequações ao tema.

Palavras-chave: Princípios do direito do trabalho; Contextualização de discussões teóricas; Aplicabilidade atenta às condições atuais.

Abstract

The present essay aims to reconsider and propose different approaches to the ordinary conception of the principles endorsed by labour law, raising new elements and questions to the doctrine. Given the prevailing dissemblance between enforceable rules and social and labour demands, labour law principles should, from the perspective of this paper, confront the idiosyncrasies of theoretical formulations, practice and infralegal framework. The conclusion of such analysis focuses on how to foster the discussions on this subject, whether through critical rereading of the principles of labour law, or by developing new propositions and adjustments.

Keywords: Labour law principles; Contextualizing theoretical discussions; Applicability;

¹ Trabalho submetido em 23/01/2013, pareceres finalizados em 25/03/2013 e 18/06/2013, aprovação comunicada em 09/06/2013.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Auditor-Fiscal do Trabalho (AFT), especializando em Auditoria Fiscal em Saúde e Segurança no Trabalho, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, (UFRGS). O presente trabalho decorreu da participação, como aluno especial, na matéria Teoria Geral do Direito do Trabalho, no Curso de Pós Graduação da Universidade de São Paulo, durante o primeiro semestre de 2011, sob a coordenação dos professores Nelson Mannrich, Sérgio Pinto Martins, Ari Possidonio Beltran e Antoine Jeammaude. E-mail: <danielgaft@gmail.com>.



INTRODUÇÃO

O dinamismo e a capacidade de oferecer respostas são, de há muito, características indeléveis e distintivas da ciência jurídica, tendo em vista a adaptabilidade própria de seu objeto à sociedade e às mudanças sociais. Reconhecer a importância dessa adaptabilidade é, assim, pressuposto de todo e qualquer instituto ou teoria jurídica, os quais são, em razão disso, diuturnamente desafiados pelos pensadores jurídicos. Nesse contexto, portanto, é que se coloca o presente trabalho, que tem por proposta a apresentação de novos elementos às discussões travadas no âmbito dos princípios *consagrados*³ do direito do trabalho, mais especificadamente, dos princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade.

Primeiramente, contudo, mister se faz esclarecer que a defesa de uma revisitação de posicionamentos não significa a proposição inconsequente de formas de aviltamento da condição humana do trabalhador. Distante de rotulações singelas, cumpre sublinhar que o questionar e o desafiar são próprios de qualquer estudo que, ainda que apresente proposta diversa⁴, não nega ou desprestigia quaisquer posições contrárias. Logo, pretende este estudo a colocação de novas perspectivas e questionamentos sobre matéria há muito tratada com relativa uniformidade, a despeito de serem os princípios fundamentais na conformação e na compreensão de todo o ramo jurídico trabalhista – trata-se, desta feita, de uma proposta de adequação por ajuste, não por submissão (JEAMMAUD, A questão do futuro..., 2000, p. 89-90).

³ Diz-se consagrados na medida em que não há, objetivamente, uma tipologia dos princípios trabalhistas. Cada doutrinador, julgador ou operador do direito classificam e elencam os princípios ao seu talante, não havendo como se apresentar um rol fechado. Assim, a despeito dos debates que se pode fazer, na esteira do movimento de crítica ao denominado pan-principiologismo (o termo foi o mote das discussões apresentadas durante o primeiro dia de debates do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela ABDConst, em maio de 2010, Curitiba, Paraná, tendo como palestrantes Lênio Luiz Streck, com a apresentação “A Resposta Hermenêutica ao Pan-principiologismo em terrae brasilis” e Luigi Ferrajoli, com a apresentação “Constitucionalismo Garantista”), entendeu-se por identificar os princípios objeto do presente trabalho como consagrados, sem que isso pretenda significar a exclusão, *a priori*, da identificação de outros princípios, também, como consagrados.

⁴ “Apesar dos aspectos naturais positivos dessa evolução, é possível o surgimento de posicionamentos que, a pretexto de mais modernos, acabem por afrontar valores e ideias essenciais para a sociedade. Isso é bem nítido justamente no Direito do Trabalho, em que certas teses – como a flexibilização das relações de trabalho, reduzindo direitos trabalhistas, e a desregulamentação do Direito do Trabalho – passam a colidir com a própria essência, a origem histórica, os objetivos e as razões de existir deste ramo do direito.” (GARCIA, 2011, p. 113).



Assim, a ordem jurídica fundada pela Constituição Cidadã⁵ de 1988, bem como as alterações empreendidas no ramo até então autônomo⁶ do direito do trabalho, com o reconhecimento das relações de trabalho não subordinado como matéria também afeta à competência da Justiça do Trabalho, pela Emenda Constitucional (EC) 45 de 2004, são os marcos normativos principais e justificadores da discussão que se irá empreender. Principais, pois são a Constituição e a EC 45/2004 marcos inquestionáveis de grandes alterações na seara trabalhista, seja na ampliação/confirmação de direitos, com a constitucionalização do direito do trabalho, seja pelo seu fortalecimento, com o reconhecimento de que não só o trabalho subordinado é objeto de estudo da ciência laboral. Justificadores, porque são esses marcos normativos identificadores dos momentos a partir dos quais se pode fincar a relevância das questões que aqui se irá apresentar, haja vista que elucubrações teóricas encontram maior repercussão quando amparadas em modificações legislativo-constitucionais decorrentes de alterações nas condições sociais.

Desta forma, tem este trabalho a pretensão de desafiar as concepções tradicionais a respeito dos princípios objeto deste estudo, principalmente quando em comparação com as contingências contemporâneas. Não busca, contudo, refundar idéias, mas propor novas perspectivas quando da abordagem de institutos fundamentais⁷ de todo um ramo jurídico, que ao mesmo tempo em que asseguram direitos aos indivíduos ou coletividades, determinam deveres àqueles relacionados e responsáveis pela relação jurídica base.

Nesse sentido, serão diretrizes deste trabalho discutir: (i) a necessidade de adequação dos princípios aqui tratados às fontes matérias do direito que os influem

⁵ O termo foi apresentado primeiramente quando do discurso proferido pelo deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988: “A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.”

⁶ A questão da autonomia do direito do trabalho frente aos desafios contemporâneos é tema abordado, sob perspectiva singular, por RAMALHO, 2000, p. 1.003.

⁷ A utilização do termo fundamentais se justifica na medida em que se assume como conceito de princípios aquele proposto por Celso Antonio Bandeira de Mello, qual seja, “princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. (MELLO, 2008, p. 53).



e os conformam⁸; (ii) a fixação de um critério para a aplicação dos princípios de modo a equilibrar a realização de uma prestação jurisdicional justa, possibilitada pela plasticidade dos princípios, a uma ordem jurídica segura e previsível; e (iii) a atenção do direito do trabalho às relações de trabalho não subordinado.

Para tanto, cada um dos princípios será apresentado individualmente, com a discussão acerca de seu conteúdo sendo pautada pelas diretrizes apresentadas e naquilo que pertinente. Assim, será seguida a ordem mencionada ao final do primeiro parágrafo desta introdução, iniciando-se o segundo capítulo com o princípio da irrenunciabilidade para, depois, apresentarmos o princípio da primazia da realidade e, ao final, no quarto capítulo, tratarmos do princípio da continuidade. Por derradeiro, encerra-se este trabalho com as conclusões alcançadas.

Portanto, apresentado o tema e fixadas as diretrizes sobre as quais ele irá se desenvolver, postos estão os elementos para análise, a qual, sublinha-se, tem a pretensão maior de apresentar discussões e fazer proposições sem a marca da definitividade ou imutabilidade, visando precipuamente uma revisitação propositiva de questões tão importantes, fundamentais e caras ao ramo justralhista.

1 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

Preliminarmente, antes de adentrarmos as questões atinentes ao princípio ora tratado, imperioso se faz assentar algumas considerações a respeito de seu *nomen juris*. Como é cediço em direito, nesta questão também não há unanimidade

⁸ Neste ponto acompanhamos a doutrina majoritária no que se refere à classificação dos princípios como fontes formais do direito, tendo-se em vista a prescrição contida no artigo 8º da CLT. Cabe aqui observar, contudo, que a posição adotada por Américo Plá Rodriguez não se distancia da defendida pela doutrina majoritária brasileira, a despeito de classificar os princípios, tendo por base o caso uruguaio, como fonte apenas material do direito. A razão para isso é singela, mas interessante. É que a conclusão alcançada pelo eminente professor, tal qual a adotada no Brasil, tem por fundamento a legislação local, que no caso uruguaio não prevê os princípios como fonte formal do direito. Assim, de forma reflexa, por meio da doutrina – fonte formal do direito uruguaio, conforme expressa previsão positivada – chega-se a conclusão de que os princípios são fonte de direito, mas apenas material, na medida em que influenciariam a criação das fontes formais. “A única função de caráter normativo que exercem [os princípios] é operar como fonte supletiva em caso de lacuna da lei. E essa função exercem não por serem princípios, mas por constituir uma expressão da doutrina. (...) Mais do que uma fonte, os princípios são emanações das outras fontes do direito. Os princípios aparecem envoltos e expressos por outras fontes. Além disso, porém, exercem uma função inspiradora e guiadora na interpretação do juiz que ultrapassa a função de fonte de direito e os situa em outro plano. Podem ser fontes materiais do direito, mas não formais.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 48-49).



doutrinária a respeito, assumindo a doutrina majoritária o termo *princípio da irrenunciabilidade*, havendo, contudo, quem adote designação diversa. A falta de um nome aceito, no entanto, transcende as barras do formalismo, na medida em que encerra concepções diversas acerca da extensão e conteúdo do princípio. Portanto, fixar uma nomenclatura, mais do que a busca da rotulação de algo, significa apresentar sinteticamente o que se entende e se espera do instituto. Assim, passemos às considerações pertinentes.

Aduz a doutrina majoritária, nas palavras de Américo Plá Rodriguez, tratar-se o princípio da irrenunciabilidade de “(...) impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 142).

De outra banda, doutrinadores defendem posição ligeiramente diversa, ampliando o conteúdo do princípio da irrenunciabilidade. Entende Maurício Godinho Delgado que o *princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas* “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”, e continua, “isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a este despojamento.” (DELGADO, 2009, p. 186 e 201, respectivamente).

Cabe, neste ponto, fazermos apenas uma distinção de conceitos para que a questão fique mais clara.

Assim, distinguem-se, para fins de aclarar as posições que se apresentará em seguida, os termos *renúncia* de *transação* e, ambos, do termo *acordo*. Renúncia e transação são institutos que se referem, respectivamente, à unilateralidade e à bilateralidade da disposição de direitos. Desta forma, enquanto que na renúncia uma pessoa se propõe a não reivindicar determinado direito, na transação, entre duas ou mais pessoas, ligadas por uma relação jurídica base, propõe-se, mutuamente, a não reivindicar determinados direitos. Sublinha-se que a utilização do verbo *proponere* foi intencional, buscando-se, com isso, salientar a distinção e as considerações que se seguirão. Por fim, o *acordo*, diferentemente, apresenta-se num momento seguinte, e se refere à aceitação da *renúncia* ou da *transação* propostas.



Disso se conclui que se pode pretender renunciar a um direito, sem que a contraparte com isso concorde, bem como se pode pretender transacionar, sem que as partes envolvidas concordem com os termos da transação. Um instituto não se confunde com o outro e, a despeito de relacionados – seja essa relação advinda da lei ou do contrato –, devem ser observados em suas particularidades.

Assim, diante de todo o apresentado, pode-se agora analisar o que prescrevem os artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tidos como fundamento do *princípio da irrenunciabilidade*, a fim de que, com os elementos necessários em mãos, possamos passar a análise propriamente dita:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho *podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha* às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.” (grifos nossos)

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho *só é lícita a alteração* das respectivas condições *por mútuo consentimento*, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.” (grifos nossos)

Deprendem-se dos mencionados dispositivos três importantes características: (i) a liberdade contratual é a regra, podendo as partes dispor livremente, desde que isso não contrarie determinados requisitos. É, às claras, a idéia de legalidade privada e de liberdade individual, presentes nos artigos 1º, inciso IV, 5º, incisos II e XIII, ambos da Constituição, de que aos particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, em evidente distinção da legalidade pertinente à administração pública, constante do artigo 37, *caput*, do mesmo diploma, no sentido de que só é permitido fazer o que a lei determina (SUNDFELD, 2003, p. 159). A lógica constitucional e celetista é outra, em abono de uma liberdade individual submetida a regramento específico; (ii) a admissão de que a alteração contratual é lícita quando realizada *por mútuo consentimento*, isto é, *por acordo*. Não existe, assim, como ocorre, por exemplo, nos contratos administrativos, a possibilidade de cláusulas exorbitantes ou de alteração unilateral. Seja, portanto, por transação ou renúncia, a alteração é lícita, desde que acordada; e, por fim, (iii) admitem-se alterações, desde que isso não implique em prejuízos ao empregado.

Cabe, aqui, fazermos uma observação no que se refere à aplicação dos artigos 444 e 468 da CLT não só às relações individuais de emprego, mas também às relações coletivas, na medida em que os parâmetros fixados por esses artigos



vêm no sentido de integrar a abertura possibilitada pelo artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Em corroboração a extensão das disposições coletivas individuais às coletivas, indicamos importantes mudanças ocorridas na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que abaixo iremos abordar.

Assim, da análise dos conceitos apresentados pela doutrina, quando em comparação com as disposições legais, transparece que, deveras, há um descompasso entre o que se supõe ser o princípio da irrenunciabilidade e o que preconiza o ordenamento jurídico. Nota-se que a lei não está a tratar de uma *irrenunciabilidade* – ou *indisponibilidade* – propriamente dita. Pelo contrário, está, isso sim, a estabelecer critérios para o acordo, a disposição, seja ela ultimada na forma de uma renúncia ou de uma transação.

Desta feita, pode-se inferir que há a possibilidade de disposição no direito do trabalho – seja na forma de renúncia ou de transação -, mas desde que acordada e, obviamente, sejam observados, cumulativamente, outros critérios, do que se pode concluir se tratar de uma *disponibilidade regrada* (artigos 444 e 468 da CLT). Trata-se, portanto, não de *irrenunciabilidade* ou *indisponibilidade*, mas de *disponibilidade regrada*, tendo por norte a proteção do empregado sem, contudo, olvidar a análise do caso concreto.

Os direitos trabalhistas, assim, como direitos patrimoniais, não são indisponíveis em regra e *a priori*, mas, pelo contrário, tem sua *disponibilidade regrada*, estando, portanto, em consonância com todos os outros princípios, principalmente aqueles constitucionais, como os que asseguram a dignidade da pessoa humana e o direito à propriedade. Todos esses princípios, quando aplicáveis, não assumem natureza absoluta, mas relativizam-se na medida em que necessitam se justapor uns aos outros.

Quanto ao primeiro, a dignidade da pessoa humana, *exempli gratia*, princípio central e formador de todo o ordenamento jurídico, não foi o bastante sua fundamentalidade para arrebatar mentes na defesa de que ao Estado caberia *proibir* pessoas de se submeterem a situações de indignidade, como as dos *catadores de lixo em lixões* e a dos *moradores de rua em situação de absoluta indigência*.⁹ Já

⁹ É comum se apresentar, quando da defesa da indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, caso julgado na França, pelo Conselho de Estado, em que se proibiu o “arremesso de anão” como atividade realizada em um estabelecimento de entreterimento, mesmo que essa atividade contasse com a anuência dos anões arremessados, haja vista a



quanto ao segundo, nota-se previsão constitucional expressa no sentido de que o direito à propriedade é direito fundamental, sendo o dever de sua proteção pelo Estado a contra-face causal necessária. Contudo, e apesar disso, ninguém há de sugerir seja *irrenunciável* o direito à propriedade, *a priori*, sendo inclusive consagrados os institutos da *res derelicta* e da usucapião. Ademais, até o Tribunal Superior do Trabalho (TST), quando da edição da Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2, entendeu relativizar a essencialidade do crédito laboral ao reconhecer ser absolutamente impenhorável, por exemplo, valor depositado em poupança de devedor trabalhista, seja qual for a condição do empregado credor.

A questão não é de todo despicienda, e o pressuposto identificado não se afasta de conclusões a que se pode chegar quando da ponderação entre os princípios envolvidos, quais sejam, a preservação da liberdade individual e da legalidade, próprios de um Estado de Direito e, a promoção da dignidade da pessoa humana, corolário de um Estado Social. O giro copérnico empreendido pela mudança de perspectiva que se propõe, de *irrenunciabilidade/indisponibilidade* para *disponibilidade regrada*, acredita-se, vem ao encontro dos textos constitucional e legal, não podendo, por isso, ser tido singelamente como precarizante ou flexibilizador *in pejus*.

O tratamento do tema, portanto, não pode ser superficial, tendo o giro proposto implicações relevantes. A pressuposição de que a liberdade é a regra evita, a título de exemplo, a suposição levantada por alguns doutrinadores no sentido de que a prescrição seria instituto incompatível com o direito do trabalho. Indagam seus defensores: ora, se os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, como se admitir a prescrição da pretensão sobre os seus créditos? À parte considerações que se possa fazer (CARVALHO, 2011, p. 74; RUPRECHT, 1995, p. 48), entendemos ser a lógica diversa, na medida em que o questionamento levantado trai-se por seus próprios fundamentos. Não são os direitos trabalhistas singelamente irrenunciáveis, mas sim, disponíveis desde que atendidos requisitos estabelecidos em lei. A prescrição não consiste em instituto formulado em afronta aos direitos do trabalhador, mas em atenção a um Estado de Direito que se pretende Democrático,

indisponibilidade da dignidade da pessoa humana, algo pertencente a todos, e não apenas aos indivíduos, singularmente. Atualmente, contudo, parece que as virtudes da mencionada decisão não são largamente aceitas pela sociedade e pelos tribunais, não havendo como se sustentar a indisponibilidade de um princípio em momento no qual a sociedade ainda admite como “naturais” exemplos como os citados no texto.



logo, estável, previsível e equilibrado¹⁰. A revisitação da *irrenunciabilidade*, assim, é questão necessária, que deve ser feita de forma parcimoniosa, refletindo preceitos constitucionais e legais coexistentes.

Neste ponto mostra-se interessante mencionar julgado da Suprema Corte Americana acerca da questão, principalmente no que se refere à argumentação desenvolvida. Trata-se do caso *Lochner vs. People of the State of New York* (198 U.S. 45 – 1905), no qual se discutiu até que ponto pode o Estado legislar sobre limites da jornada de trabalho sem que isso signifique a intervenção indevida estatal no direito individual de livremente contratar. A decisão, a despeito das críticas contemporâneas que se pode fazer, traz importantíssimas questões de fundo, relativas (i) ao pressuposto de que a regra é, num Estado de Direito capitalista (como é o Brasil, artigos 1º, *caput* e inciso IV e 170, *caput* e parágrafo único, ambos da CF) (SILVA, 2010, p. 793. No mesmo sentido, MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1.404), a liberdade individual e, (ii) ao fato de que a tutela cega e paternalista do indivíduo nem sempre se faz em seu benefício, devendo-se, assim, considerar que as intervenções estatais não podem olvidar às contingências individuais ou coletivas dos supostamente tutelados¹¹. O Estado, portanto, não deve se arvorar na condição de único protetor de direitos.

Dessa forma, em posicionamento desafiador, mas consentâneo com o espírito liberal reinante à época, posteriormente alterado pela jurisprudência da Corte, fixou-se entendimento no sentido de que o Estado havia interferido indevidamente na esfera de livre negociação entre trabalhador/empregador, na medida em que a fixação legal da máxima jornada de trabalho a que poderia se submeter o empregado – um padeiro – não teria o condão de proteger sua saúde ou algum interesse social, mas, pelo contrário, estava a impedir que o empregado pudesse auferir maiores ganhos com a prestação de seu labor por jornada superior à

¹⁰ “A segurança jurídica, significando a estabilidade nas relações e a garantia de sua permanência, justifica o formalismo no direito e encontra no positivismo o seu principal fundamento teórico. (...) Constitui-se, por isso, no mais antigo valor, na premissa de todas as civilizações.” (AMARAL, 2006, p. 19).

¹¹ Exemplo indiscutível refere-se à alteração de posicionamento empreendida pelo TST ao editar o inciso II da Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1, atendendo as contingências e particularidades de uma categoria, sem que isso significasse a depreciação de sua condição ou a efetiva derrogação de um direito.



legal.¹² Assim, por não se mostrar *razoável* a regulamentação estatal, considerada, assim, invasiva da esfera individual do trabalhador, entendeu a Corte haver excesso por parte do Estado, que estava a restringir a possibilidade de que empregado e empregador acordassem acerca da melhor forma com que os serviços poderiam ser prestados e, por consequência, retribuídos.

Observa-se que não se está a defender, com a apresentação do julgado, a desregulamentação do direito do trabalho – a despeito de não serem poucos os debates e propostas legislativas e negociais nesse sentido. Como citado acima, mais que o desfecho – compreensível à época em que prolatada a decisão -, interessante é a discussão de fundo, em que se empreendeu um embate de ideias e posições, razão pela qual pode ser considerado para o presente debate, em que não se faz uma proposição absolutamente inédita, mas se pretende visitar um conceito que há muito requer ser repensado¹³.

Portanto, mais do que singelamente proibir, ou supor por prejudicial, todo e qualquer acordo em matéria trabalhista, deve-se, de forma mais atenda ao que aduz a lei e a Constituição, permitir haja a possibilidade de *renúncia* e de *transação*

¹² Excerto extraído da decisão da Suprema Corte, apresentada pelo Justice Peckham: “The question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the state, interfering with their independence of judgment and of action. They are in no sense wards of the state. Viewed in the light of a purely labor law, with no reference whatever to the question of health, we think that a law like the one before us involves neither the safety, the morals, nor the welfare, of the public, and that the interest of the public is not in the slightest degree affected by such an act. The law must be upheld, if at all, as a law pertaining to the health of the individual engaged in the occupation of a baker. It does not affect any other portion of the public than those who are engaged in that occupation. Clean and wholesome bread does not depend upon whether the baker works but ten hours per day or only sixty hours a week. The limitation of the hours of labor does not come within the police power on that ground.

It is a question of which of two powers or rights shall prevail, -the power of the state to legislate or the right of the individual to liberty of person and freedom of contract. The mere assertion that the subject relates, though but in a remote degree, to the public health, does not necessarily render the enactment valid. The act must have a more direct relation, as a means to an end, and the end itself must be appropriate and legitimate, before an act can be held to be valid which interferes with the general right of an individual to be free in his person and in his power to contract in relation to his own labor.”

¹³ Trabalho crítico a respeito da forma como tratado o princípio da irrenunciabilidade, apresentando novos contornos sob a perspectiva das teorias de *law and economics*, pode ser encontrado em PEDROSO, 2005.



acordadas, desde que, obviamente, sejam cumpridos certos requisitos. A lógica, portanto, se inverte. De uma presunção de nulidade, para uma de validade.

Fixado o pressuposto inicial, passa-se então a tecer considerações acerca daquilo que se pode ter como conteúdo do princípio aqui em estudo. Para tanto, acreditamos deva-se focar nos reais requisitos legais, quais sejam: (i) deve haver acordo não viciado entre empregado e empregador, seja em caso de renúncia ou de transação; (ii) não deve acarretar o acordo prejuízos ao empregado¹⁴; e, (iii) não deve o acordado contrariar nenhuma disposição legal.

Uma leitura atenta dos requisitos apresentados, extraídos dos artigos 444 e 468 da CLT, revela a grande complexidade envolvida. Como garantir que o empregado exerceu sua liberdade individual de maneira lisa e consciente ao acordar? A celebração de acordos em Comissões de Conciliação Prévia (CCPs) ou em sede de juízo arbitral são, realmente, prejudiciais? O que diferiria um acordo firmado em juízo de um firmado em outras instâncias de deliberação? O que seria um acordo prejudicial ao empregado? Seria a redução salarial temporária, possibilitada pelo artigo 7º, inciso VI da Constituição, um acordo *in pejus*? Como saber se um acordo não contraria, efetivamente, nenhuma disposição legal? As respostas a essas dúvidas não são simples, mas, nota-se, a forma como elas vêm sendo abordadas não parece a mais adequada.

As perguntas acima colocadas e, a afirmação de que as respostas atualmente apresentadas não se mostram adequadas, têm por objetivo evidenciar a falta de coerência no trato da questão relativa ao *princípio da irrenunciabilidade* ou, para nós, da *disponibilidade regradada*. Por que só se admitir o acordo homologado em juízo, sob o pretexto de que defronte ao Judiciário vícios e aviltamentos seriam

¹⁴ Diferentemente do que aduz parte da doutrina (GARCIA, 2011, p. 116), não parece possa se admitir a hipótese de acordo *in pejus*, ou menos benéfico ao trabalhador, na medida em que a lei veda, expressamente, acordos – renúncia ou transação – que prejudiquem o empregado. Nessa toada, até mesmo questões que *prima facie* sugeririam uma prejudicialidade devem, na realidade, ser analisadas considerando-se as razões e as circunstâncias do acordo, a fim de se apurar realmente ele é se prejudicial. É o exemplo da redução salarial por negociação coletiva com a finalidade de se evitar dispensas durante período de instabilidade econômica. O que, aparentemente, seria prejudicial é, na realidade, benéfico aos empregados, que em troca de uma redução temporária em seus salários, terão assegurados os seus empregos. A questão da prejudicialidade, portanto, não deve ser analisada de forma singela, mas considerando-se as circunstâncias do acordo e do contexto em que realizado.



evitados¹⁵, quando se colhem aos baldes decisões, Súmulas e Orientações Jurisprudenciais (OJs) no sentido de se admitir disposições não albergadas pelo ordenamento jurídico? A título de exemplo, citam-se: (i) a possibilidade de fixação, via negociação coletiva, de horas *in itinere* média, em interpretação extensiva do artigo 58, § 3º da CLT, que, por seu texto, se restringe às micro e pequenas empresas; (ii) a possibilidade de que o empregado escolha um entre os regulamentos de empresa coexistentes, sendo que a sua escolha implica a renúncia aos direitos e garantias deferidos pelo outro regulamento, nos termos da Súmula nº 51/TST, inciso II; (iii) a admissão, via negociação coletiva, de que seja extrapolada a duração máxima semanal prescrita pela Constituição, de 44 horas, desde que haja compensação na semana seguinte, validando a denominada *semana espanhola*, nos termos da OJ nº 323 da Subseção de Dissídios Individuais (SBDI)-1; e, por fim, (iv) a descaracterização da natureza salarial da participação nos lucros e resultados (PLR) quando negociada em desconformidade aos requisitos prescritos em lei, nos termos da OJ Transitória nº 73 da SBDI-1.

De outra banda, cumpre salientar as recentes alterações empreendidas pelo TST¹⁶ em sua jurisprudência sumulada, e que, ainda que não satisfativa das incongruências apresentadas, vem no sentido de fortalecer a tese aqui sustentada, qual seja, de que a *disponibilidade regrada*, nos termos dos artigos 444 e 468 da CLT, tem como requisito o pressuposto de que o acordo não deve acarretar prejuízos ao empregado, seja esse acordo individual ou fruto de uma negociação coletiva. Nesse sentido é o cancelamento da Súmula nº 349/TST, que previa a dispensa de inspeção prévia, nos termos do artigo 60 da CLT, caso a prorrogação de jornada em ambiente insalubre fosse objeto de negociação coletiva e, o cancelamento do inciso II da Súmula nº 364/TST, que previa a possibilidade de se fixar adicional de periculosidade em percentual inferior ao mínimo legal, desde que proporcional ao tempo de exposição do empregado ao risco. Ambas as alterações, assim, em abono ao critério legal celetista, vem ao encontro do aqui propugnado, isto é, do reconhecimento de que pode ocorrer a disponibilidade de direitos,

¹⁵ “Poderia, entretanto, o trabalhador renunciar aos seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes. (...)” (MARTINS, 2009, p. 62).

¹⁶ Alterações discutidas no bojo de processo de revisão realizado durante o período de 16 a 20 de maio de 2011 e publicadas no DJE em 30 de maio de 2011.



individual ou coletivamente, desde que essa cumpra determinados requisitos, os quais estão expressamente positivados pela CLT.

Contudo, como saber que um *acordo* é, realmente, prejudicial ao empregado? O afã tutelar estatal muitas vezes olvida as contingências da vida real, nivelando situações que, por sua dinâmica, podem apresentar outras soluções. Exemplo disso é a sucessão empresarial e a manutenção do contrato de trabalho.¹⁷ A doutrina nacional é praticamente uníssona (DELGADO, 2009, p. 386) no sentido de que a alteração subjetiva na figura do empregador não implica a rescisão do contrato de trabalho, salvo hipótese excepcional (artigo 483, §2º da CLT). Interpretam-se os artigos 10 e 448 da CLT pressupondo-se ser melhor para o empregado a manutenção de seu contrato de trabalho, como que o tutelando. Contudo, não percebem os defensores dessa posição que a sucessão, muitas vezes, pode ser prejudicial ao empregado, na medida em que a sucessora pode não compartilhar dos ideais ou projetos da sucedida, o que, obviamente, redundará num prejuízo ao empregado, que não mais partilhará das convicções de seu empregador e, ao fim e ao cabo, acabará por rescindir o seu contrato de trabalho. Nesse sentido, por que não se admitir que possa a sucessão de empresas não ter por consequência inevitável a manutenção do contrato de emprego, mas, pelo contrário, possa caracterizar a rescisão indireta do pacto laboral (e.g. artigo 483, alínea *d* da CLT), com efeitos próprios de uma dispensa sem justa causa, na medida em que não mais interessa ao empregado fazer parte da novel empresa? No mesmo sentido foram as discussões que antecederam a inclusão do inciso II à OJ nº 342 da SBDI-1/TST, já mencionada em nota de rodapé alhures.

Assim, questões como o fortalecimento das CCPs, da implementação da arbitragem em dissídios individuais, da delimitação das matérias passíveis de negociação coletiva, devem ser admitidas à discussão, com o aprimoramento no que for necessário, de modo a possibilitar uma maior pluralidade das esferas de decisão e uma melhor adequação do ordenamento jurídico às necessidades e particularidades de cada empregado/categoria profissional. Ademais, que não mais se argumente com base em casos de desvio ou abuso, uma vez que a lei é feita de

¹⁷ A hipótese aqui suscitada foi apresentada pelo professor Antoine Jeammaud durante as aulas ministradas na matéria Teoria Geral do Direito do Trabalho, no Curso de Pós Graduação da Universidade de São Paulo, durante o primeiro semestre de 2011, sob a coordenação dos professores Nelson Mannrich, Sérgio Pinto Martins, Ari Possidonio Beltran e Antoine Jeammaude.



forma geral e abstrata, buscando regular o que se espera aconteça em condições normais. Isso, claramente, não significa não devam os desvios e os abusos ser punidos, bem como não implica não haja instrumental jurídico apto para tanto (os quais, efetivamente há, como demonstra o artigo 9º da CLT).

Ora, não parece que a ideia de um princípio possa, a toda momento, ser excepcionada, tratando-o como uma justificativa apenas para casos nos quais não se quer admitir determinado acordo. A adoção de um princípio, conforme teoria adotada na introdução, indica algo que deva se espalhar e influenciar todo o ordenamento. Nesse sentido, a assunção de que estamos diante do princípio da *disponibilidade regrada* vem ao encontro das particularidades e contingências de cada empregado e categoria, sem, contudo, afastar a possibilidade de controle, o qual, a partir disso, passa a se dar apenas quando há vícios na manifestação do consentimento, prejuízos ao empregado ou afronta ao ordenamento jurídico.

Assim, ataca-se a anarquia jurisprudencial hoje existente, evita-se a imprevisibilidade e insegurança jurídicas da forma mais objetiva possível, isto é, com a fixação das hipóteses em que não se pode realizar algo, em detrimento do sistema atual, em que só se sabe o que se pode fazer após excepcional liberação judicial. A proteção ao empregado, então, se torna mais efetiva, pois, conquanto não se deixe de obstar acordos viciados, prejudiciais ou contrários ao ordenamento, sabem os atores sociais que somente nesses casos haverá a invalidação.

Portanto, o que se está a propor é, na realidade, uma revisitação ao princípio da irrenunciabilidade, evitando-se anacronismos e conceituações que não mais encontram respaldo no ordenamento jurídico e na realidade. A revisitação, contudo, não tem a intenção de propor qualquer precarização, flexibilização *in pejus* ou desregulamentação trabalhistas, mas, pelo contrário, tem por objetivo fixar e ratificar os termos legais, quais sejam, a possibilidade de que as partes disponham sobre direitos, desde que isso seja acordado de forma não viciada, não prejudicial ao empregado e não contrária ao ordenamento jurídico, naquilo que se poderia, então, denominar por *princípio da disponibilidade regrada*.

2 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

O princípio da primazia da realidade, tal qual o da irrenunciabilidade, é de inegável fundamentalidade ao direito do trabalho, razão pela qual digno de nota se



apresentam as observações deduzidas, principalmente em outras searas do direito, aos seus propósitos, como é exemplo a busca da verdade real.¹⁸ Questão pouco abordada, mas de importância, na medida em que indica os objetivos do princípio sob análise, é o sentido que a busca da verdade real exerce no direito do trabalho. Na esteira do afirmado alhures, contraface do direito decorrente do princípio à que as relações sejam consideradas pelo que são, e não pelo que formalmente aparentam ser, é o dever estatal de perquirir aquilo que se pode depreender da análise dos fatos e elementos colacionados, não em favor de quaisquer das partes de uma relação jurídica, mas sim, da real natureza jurídica dessa relação.

Assim, aparte enfrentamentos ideológicos, ou elucubrações filosóficas, fato é que há inegável distanciamento entre o que cartorialmente se pode documentar e aquilo tido por ocorrido. Obviamente, não pretende o princípio ora em análise sua aplicação singela em favor de uma das partes da relação laboral, mas sim, pretende seja garantido instrumental para que o Estado possa, eficaz e efetivamente, concluir com base nas informações a que obteve acesso, qual a natureza da relação jurídica controvertida. Dessa forma, e como afirmado inicialmente, além de um direito às partes interessadas, implica o reconhecimento de um princípio, também, um dever, que, no caso, determina ao Estado – no exercício do poder de polícia ou da função jurisdicional – a apuração das reais conformações assumidas por determinada relação jurídica.

Todavia, ainda que assente a ideia de fundamentalidade do princípio da primazia da realidade, dois desafios, atualmente, a ele se apresentam. O primeiro diz respeito à ideia de *contrato realidade*, muitas vezes apresentada como

¹⁸ Por todos, Nucci, 2008, p. 104-105: “Diante disso, jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Tem, isto sim, o magistrado uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve. Logo, tratando do mesmo tema, já tivemos a oportunidade de escrever o seguinte: ‘Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outras menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de realidade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como a liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo a honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.’ (NUCCI, 2008, p. 65).”



equivalente à de primazia da realidade, mas que com ela não se confunde¹⁹. Neste ponto, interessante será discutir as possibilidades de responsabilização pré e pós-contratual frente à teoria do *contrato realidade*. Já o segundo desafio refere-se à possibilidade de extensão do princípio da primazia da realidade às novéis matérias atribuídas à competência da justiça laboral, isto é, às relações de trabalho não subordinado. Para essa discussão, imprescindível considerar a afirmação realizada no início deste capítulo acerca dos objetivos do princípio, conforme se esclarecerá mais adiante.

Segundo Américo Plá Rodriguez (2000, p. 338), “(...) em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.” Esse é o conceito de primazia da realidade.

A teoria do *contrato realidade*, a despeito de muitos a relacionarem ao princípio da primazia da realidade, surge e se afirma com conformação diversa, pois em momento histórico de defesa de teorias anticontratalistas no direito do trabalho.

Ao longo do tempo, foi-se desenvolvendo duas interpretações a respeito da teoria do *contrato realidade*, uma identificável com a ideia de primazia da realidade²⁰

¹⁹ “O princípio da primazia da realidade é às vezes confundido com a teoria do contrato-realidade, esta última tendo sido proposta por Mario de La Cueva ao refletir sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho. Vivia-se uma era de resistência à hegemonia do modelo capitalista e aos institutos que lhe eram afins, como a propriedade e o contrato. As teorias relacionista, sobretudo na Alemanha, e institucionalista, com origem na França, sustentavam o início da relação de trabalho a partir da incorporação do trabalhador no estabelecimento ou da adesão do trabalhador ao estatuto da empresa (instituição que, a exemplo de outras – família, igreja ou estado – pressupunha uma hierarquia e um estatuto), respectivamente.

Essas teorias anticontratalistas não preponderaram, mas tiveram marcada influência na evolução do direito obreiro. A mencionada teoria do contrato-realidade surge como uma forma mitigada de se negar à relação de trabalho subordinado a origem em um contrato de natureza civil. (...)” (CARVALHO, 2011, p. 76).

²⁰ “Uma segunda idéia é a de que, em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais. Este segundo sentido fica especialmente manifesto na frase que considera ‘errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tenham pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.’ (...)

Ao contrário, na prática jurisprudencial, é freqüente utilizar a expressão contrato-realidade no segundo sentido, isto é, aquele no qual nós consubstanciamos o enunciado deste princípio.

De qualquer modo, esta ambivalência da expressão nos leva a pensar que, embora se continue utilizando na prática a referida locução nesse sentido, graças a sua brevidade, sua clareza e capacidade evocativa, no terreno doutrinário, torna-se preferível referir-nos ao princípio da primazia da realidade.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 341 e 345-347).



e, outra, mais próxima às ideias de seu precursor²¹, entendendo que a relação de trabalho apenas existira tão logo iniciada a prestação do serviço²². A questão que se coloca, contudo, diz respeito a esta segunda interpretação, principalmente quando confrontada com as atuais teorias da responsabilização pré e pós-contratual.

Sem pretender adentrar as minúcias de cada uma das teorias da responsabilização pré e pós-contratual, tema que por si é alheio ao do presente estudo, pode-se afirmar tranquilamente a importância que vêm desempenhando quando da análise da relação trabalhista, seja por se ter como fundamento a boa-fé contratual, seja pela lealdade que se espera daqueles que pretendem contratar ou já contrataram. Nesse sentido, cabe mencionar a cada vez mais aceita *teoria da responsabilização pela perda da chance*, os cada vez mais reconhecidos deveres pós-contratuais, como a preservação de informações obtidas no ambiente de trabalho, da proibição de mal falar do contratado tão logo finda a avença ou das cláusulas de não concorrência com efeitos além do contrato de trabalho.

Assim, pelo até aqui exposto, entende-se estar superada a teoria do *contrato realidade*, na medida em que a ampliação das possibilidades de responsabilização pré e pós-contratual têm por pressuposto as teorias contratualistas do direito do trabalho, superando-se, de vez, a limitação pressuposta pelas teorias anticontratualistas, que desempenharam papel importante durante determinado período, mas que, contemporaneamente, não mais respondem satisfatoriamente as contingências da prática trabalhista.

O segundo desafio apresentado diz respeito à aplicação do princípio da primazia da realidade às relações de trabalho não subordinado, outrora sujeitas à

²¹ Segundo Rodriguez (2000, p. 339-341), as idéias referentes ao contrato-realidade como aquele que existe não como decorrência do acordo de vontades, mas da efetiva prestação dos serviços, foi sustentada pela primeira vez por Alfredo Iñarritu, Ministro da Suprema Corte de Justiça, no Conflito nº. 133-36, suscitado entre a junta Federal de Conciliação e Arbitragem e o do 10º Juízo Civil da cidade do México, para conhecer reclamação apresentada por José Molina Hernández contra a Cia. Mexicana de Petróleo El Aquila S.A. A teoria, contudo, é atribuída a Mario de la Cueva.

²² “A primeira é que para pretender a proteção do direito do trabalho não basta o contrato, mas requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente. Esta é a idéia básica encerrada na noção de relação de trabalho. Estreitamente ligada a esse sentido, porém enfocando-a de ângulo diverso, está a explicação que vincula esta característica com a classificação dos contratos, dado que o contrato de trabalho deixaria de ser consensual a partir do momento em que, para surgir, não bastasse o simples acordo de vontades.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 341).



égide do direito civil, mas agora transportadas, acertadamente, para o âmbito do direito do trabalho. O interesse sobre o tema, aqui, diz respeito à aplicação dos institutos e princípios trabalhistas, desenvolvidos para a relação de emprego, às relações não subordinadas. Neste campo inserem-se as discussões acerca das perspectivas do direito do trabalho, uma vez alterada a realidade sobre a qual esse se assenta – mudanças nas fontes materiais do direito com repercussão nas fontes formais.

Segundo Antoine Jeammaud, sob algumas perspectivas pode-se observar o desafio acima apresentado:

Diversos cenários são imaginados por aqueles que se expressam sobre o futuro do direito do trabalho. Trata-se, em alguns momentos, de uma hipótese de evolução provável ou plausível. Em outros casos, trata-se muito mais de uma proposição de reforma do direito vigente. Não pretendemos levar em consideração a totalidade das hipóteses ou proposições que puderam ser formuladas. Indiquemos, todavia, que os múltiplos pontos de vista que podem ser sustentados conduzem a uma ou outra das quatro perspectivas que nós distinguimos como sendo os 'tipos ideais' (recorrendo a um famoso conceito de metodologia weberiana): a erradicação, a mudança de objeto, a proceduralização, a extensão (JEAMMAUD, A questão do futuro..., 2000, p. 32).

Segundo o autor (JEAMMAUD, 2000, p. 34), assim se resumiriam cada um desses tipos ideais: (i) a erradicação "(...) é aquela do desaparecimento puro e simples do ramo (mais ou menos autônomo)"; (ii) a mudança de objeto consistiria, segundo uma primeira vertente, em "(...) passar do direito do trabalho para um direito da atividade. (...) Sugere-se, também, que o direito dota todo trabalhador de um estatuto que lhe assegura, não obstante uma eventual descontinuidade de sua situação, uma certa continuidade de renda e de proteção social (seguridade social, sobretudo), assim como direitos de participação na vida econômica atualmente reservados aos assalariados de uma empresa." (JEAMMAUD, 2000, p. 36), e, de acordo com uma segunda corrente, "(...) um deslocamento de seu 'centro de gravidade', que o transformaria em um direito do mercado de trabalho. (...) O remédio consistiria em substituir uma parte do direito do trabalho 'clássico' (hostil aos *outsiders*) por disposições visando assegurar uma igualdade dos trabalhadores e das pessoas à procura de emprego com os empregadores em matéria de informações sobre o estado do mercado de trabalho, para melhorar suas formações e suas mobilidades." (JEAMMAUD, 2000, p. 37-38); (iii) já o projeto de



proceduralização “é de mudar de modelo de direito. (...) A proceduralização do direito das relações do trabalho consistiria assim em substituir as regras atuais, que consagram e repartem direitos substanciais (...), por disposições visando fortalecer esta famosa ‘construção dialógica das preferências’ e uma produção autenticamente negociada de regras ou decisões descentralizadas (...).”(JEAMMAUD, 2000, p. 39-40); por fim, (iv) seria o ideal de extensão “uma modificação da dimensão do direito do trabalho pela extensão de seu campo, ou seja, da categoria de relações que ele alcança. Essa perspectiva é aquela da transição de um direito do trabalho, que trata somente do trabalho subordinado, em direção a um direito do ‘trabalho sem adjetivo’.” (JEAMMAUD, 2000, p. 41).

Nesse contexto é que se justificam as afirmações lançadas nos primeiros parágrafos deste capítulo, na medida em que não deve o princípio da primazia da realidade focar a proteção de quaisquer das partes, mas, pelo contrário, deve se caracterizar como um dever de o Estado perquirir a realidade sobre a qual a relação submetida a sua análise se efetivou. Se assim não for, consequência lógica será a conclusão de que o princípio da primazia da realidade não se aplica às demais relações de trabalho não subordinado, restringindo-se, pois, às relações de emprego, haja vista a maior proteção dispensada à figura do empregado. Tem-se, portanto, a inevitável assunção de uma posição, seja em favor de determinada espécie de trabalhador, seja em favor do reconhecimento de um dever estatal exercitável sobre todas as relações de trabalho, indistintamente.

A questão, assim, encerra sua relevância na medida em que traz, em si, a assunção de uma posição no que se refere ao direito do trabalho e às relações de trabalho. Um direito que, historicamente, foi construído e pensado para uma determinada forma de prestação laboral, a subordinada, passa agora a ser chamado a decidir sobre outras relações trabalhistas, o que, a um só tempo, abre a perspectiva de real afirmação do ramo jurídico que, por excelência, regula questão das mais importantes na sociedade contemporânea, a relação de trabalho. Assim, não deve o direito do trabalho se acanhar, mas, pelo contrário, deve aceitar e assumir as alterações perpetradas nas fontes matérias do direito – que repercutem nas fontes formais, como são os princípios – para estender sua atuação para além da relação subordinada, determinando que todas as relações de trabalho se sujeitem a sua principiologia especial e específica.



Nesse sentido, portanto, após a análise dos desafios postos, pode-se concluir que encerra o princípio da primazia da realidade posição de destaque no ramo juslaboral, seja porque passa a se apresentar não mais como algo voltado à proteção de determinada pessoa, mas como instrumental na busca da verdade real, afastando-se, assim e a um só tempo, da teoria do *contrato realidade*, na medida em que admite sua aplicação às teorias da responsabilização pré e pós-contratual e, estende sua aplicação, também, às relações de trabalho não subordinado. Trata-se, portanto, de um dever estatal a ser desempenhado quando da análise de uma relação de trabalho, seja ela qual for.

3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Por derradeiro, se abordará o princípio da continuidade. Propugna Américo Plá Rodriguez que “este princípio expressa a tendência atual do Direito do Trabalho de atribuir à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos”, para, logo em seguida, afirmar que “este princípio está estabelecido em favor do trabalhador.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 244). Da leitura do conceito referido, e com base nas diretrizes deste trabalho apresentadas inicialmente, pode-se levantar duas questões: (i) uma primeira, referente a interpretação da estabilidade, principalmente no que diz respeito ao artigo 7º, inciso I da Constituição Federal; e, (ii) uma segunda, propositiva, voltada à confrontação entre os propósitos do princípio aqui analisado e uma característica atual do mercado de trabalho, qual seja, a alta rotatividade da mão de obra, em razão da qual a maioria dos contratos por prazo indeterminado, e por isso pretensamente duradouros, encerram-se antes mesmo do máximo previsto na legislação para alguns contratos por prazo determinado, assumindo, assim, traços de efemeridade.

No que se refere à estabilidade no emprego, vale, como pressuposto da discussão, apresentar o que majoritariamente se vem interpretando do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal.

Entende a doutrina majoritária que o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe, como consequência da adoção obrigatória do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), a incompatibilidade lógica com o regime estável *ex lege*, adotando o constituinte, assim, a *teoria do direito potestativo de despedir*.



Mauro Mascaro Nascimento (2010, p. 84-85), assim se posiciona:

O princípio seguido não é o da estabilidade plena. Esta foi afastada definitivamente pela mesma Constituição que generalizou como reparação da dispensa o FGTS e o acréscimo estabelecido nas disposições constitucionais transitórias. (...)

Reintegração é corolária da estabilidade, esta significa nulidade da dispensa. A Constituição prevê indenização como meio reparatório da despedida sem justa causa ou arbitrária; portanto, para ambas as formas, indenização e estabilidade, sendo antíteses, uma vez que estabilidade significa reintegrar, e indenizar quer dizer reparar quem já está despedido torna a proposta inviável sob o aspecto jurídico. Ora, se a Lei Maior ordena que a regulamentação por lei complementar do seu texto se faça mediante indenização, os outros direitos a que se refere não poderão contrapor-se ao comando central e nuclear que é a indenização. Em outras palavras, a regulamentação poderá prever tudo o que quiser, menos o que se atritar com o direito de despedir, indenizando. Assim, não só pela letra da lei como do propósito do legislador Constituinte, como se vê pelo histórico dos debates, supunha-se definitivamente resolvido esse problema em 1988. Mas agora se quer reanimá-lo.

Já Arion Sayão Romita (2008, p. 84-85), tece os seguintes comeários:

Com a finalidade de eliminar a duplicidade de regimes legais anteriormente observada (o da indenização com estabilidade, previsto pela CLT, e o do FGTS, para os optantes pelo regime instituído pela Lei nº 5.107 de 13.09.1966), as Disposições Constitucionais Transitórias incluíram, no art. 10, dispositivo segundo o qual fica limitada a proteção referida no art. 7º, I, da Constituição, ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput, e §1º da Lei nº 5.107 de 13 de setembro de 1966.

A partir da data de vigência da Constituição (5 de outubro de 1988), desapareceu a distinção entre empregados optantes e não-optantes. Todos são, agora, integrantes do regime do FGTS. Fica ressalvada, apenas, a estabilidade daqueles que, não sendo optantes pelo regime do FGTS, haviam completado o decênio a que se refere o art. 492 da CLT antes da promulgação da Carta Magna. Os empregados não-optantes que só completariam o decênio após o dia 5 de outubro de 1988 possuíam mera expectativa de direito (o direito de adquirir a estabilidade), isto é, não eram titulares de situação jurídica definitivamente constituída; portanto, não adquiriram a estabilidade.

Não fora a inclusão do texto em exame das Disposições Constitucionais Transitórias, defensável seria a sobrevivência dos dois referidos sistemas. Já sustentamos esse ponto de vista, quando os trabalhos preparatórios da Constituição ainda não haviam alcançado a fase das Disposições Constitucionais Transitórias. A promulgação do texto constitucional completo já não autoriza esse entendimento. A interpretação conjunta dos arts. 7º, I, da parte permanente, e 10 das Disposições Transitórias conduz ao resultado acima exposto.

Por derradeira, vale a transcrição das palavras de Valentim Carrion (2009, p. 359):



O texto constitucional, apesar de admitir que a lei complementar poderá estabelecer outros direitos além da indenização, parece afastar a estabilidade por via legislativa. 'Dentre outros direitos' significa que poderá haver outros mais, além da indenização substitutiva, que impede a verdadeira estabilidade.

As argumentações, compreensivamente, baseiam-se em duas técnicas interpretativas: (i) histórica, haja vista a evolução do sistema, que passou de um regime estabilitário, para um em que conviviam a estabilidade e o regime fundiário, e, após, um regime no qual supostamente reinaria soberano apenas o regime do FGTS; e (ii) autêntica, com base na *mens legislatoris*, na medida em que, conforme se depreenderia dos anais da constituinte, deliberadamente optaram os que elaboraram a Constituição Cidadã por um sistema de livre demissão.

A questão, contudo, admite outra aproximação.

De início, pode-se dizer que uma interpretação sistemática da Constituição, principalmente do artigo 7º, traz elementos para uma compreensão diversa²³. Ademais, a simples leitura do inciso I, do mesmo artigo, indica que uma conclusão

²³ "A Constituição de 1988 inclinou-se a reinserir o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica, harmonizando, em parte, a ordem justralhista à diretriz desse princípio. Assim, afastou a anterior incompatibilidade do instituto do FGTS com qualquer eventual sistema de garantias jurídicas de permanência do trabalhador no emprego – afastamento implementado ao estender o Fundo a todo e qualquer empregado (art. 7º, III, CF/88: exceto o doméstico). Ao lado disso, fixou a regra da 'relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos' (art. 7º, I, CF/88). Lançou, adicionalmente, a idéia de 'aviso prévio proporcional ao tempo de serviço', 'nos termos da lei' (art. 7º, XXI, CF/88), indicando o reforço da noção de contingenciamento crescente à prática de ruptura desmotivada do contrato empregatício.

Embora a jurisprudência tenha se firmado no sentido de negar eficácia imediata a qualquer dos dois últimos preceitos constitucionais, é inquestionável o redirecionamento que sua instigante existência provoca na própria cultura jurídica da potestade rescisória, dominante desde meados da década de 1960." (DELGADO, 2009, p. 194-195).

"O Brasil ainda não reformou o sistema de dispensa, permanecendo a liberdade do empregador de extinguir o contrato sem qualquer justificativa. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, introduziu duas modalidades substanciais em matéria de dispensa: eliminou o instituto da estabilidade absoluta, pela sua incompatibilidade com as necessidades de flexibilização do direito do trabalho; instituiu a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...).

A implantação do regime de dispensa coletiva é corolário do regime de dispensa individual, fundado no sistema de dispensa justificada. Regulamentar a dispensa coletiva, mantendo a dispensa livre, equivale a exigir respeito aos direitos humanos fundamentais em regimes políticos de exceção, pois a dispensa ad nutum representa verdadeira ditadura contratual. De qualquer forma, a introdução da dispensa motivada e do regime de dispensa coletiva depende de lei complementar." (MANNRICH, 2000, p. 566-567).



oposta da que hoje predomina pode ser alcançada, haja vista que a ideia de uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...)” não é, *per se*, logicamente excludente da estabilidade.

A questão envolvendo os limites de aplicação e o alcance das disposições do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, inclusive, foi objeto de intensos debates pelo TST, no que ficou conhecido como *Caso Embraer* (Processo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4), no qual se discutiu a dispensa coletiva como simples poder potestativo do empregador. O Acórdão, ao final, ratificou a *potestade* patronal de despedir irrestrita e imotivadamente, haja vista a inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora da dispensa coletiva.

No entanto, suscitou a decisão debates acerca da legitimidade da interpretação hoje majoritária, uma vez que a posição prevalecente, de que o artigo 7º, inciso I da Constituição Federal se trata de norma de eficácia limitada, logo, dependente de regulamentação infraconstitucional, parece não corresponder ao que se espera de um Estado Social²⁴ e, obviamente, ao princípio da continuidade. Ao fim, de forma interessante e *ope judicis*, fixou o TST “a premissa, para casos futuros, de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’”²⁵.

²⁴ Excerto extraído do voto proferido pelo Ministro Relator Maurício Godinho Delgado, fls. 31, nos Autos do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo RODC-309/2009-000-15-00.4 (Caso Embraer): “Nesse sentido, a dispensa coletiva não é um direito potestativo do empregador, não existindo na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual.

Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva. As conseqüências de um ato de tal natureza devem possuir como parâmetro a proteção prevista no art. 7º, I, que veda despedida arbitrária ou sem justa causa. Em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária. A proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo. Vale lembrar que, conforme afirmado, por se tratar de evento diverso da ruptura meramente individual, a previsão simplista e isolada do art. 6º, “caput”, e § 1º da Lei nº 5.107/66 apenas é aplicável no âmbito das dispensas individuais.

Cabe destacar que o art. 7º, I, da Constituição Federal, aplicado às dispensas coletivas, contém norma de eficácia contida, ou seja, regra constitucional cuja eficácia é redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. (...)”

²⁵ A posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, cabe aqui consignar, aproxima-se daquela preconizada pela doutrina há tempo. Por todos, destaca-se a de Mannrich, 2000, p. 567.



O tema é palpitante e a discussão aqui apresentada, claramente, não objetiva trazer conclusões definitivas, mas sim, revisitar posições assentadas e propor seja o tema rediscutido, de modo a promover uma nova abordagem sobre a questão.

Já no que atina às finalidades do princípio da continuidade, qual seja, a de “atribuir à relação de emprego a mais ampla duração (...) em favor do trabalhador”, um descompasso entre a teoria e a prática começa a transparecer, a evidenciar que o princípio em questão requer nova abordagem, principalmente no que se refere à tendência verificada de alta rotatividade no emprego. Contudo, como afirmado na introdução a este capítulo, trata-se, aqui, de tema propositivo, que requer alterações legislativas para se implementar adequadamente, mas que, no entanto, não é de todo estranho à legislação positivada, como se irá demonstrar.

Em estudo realizado pelo DIEESE e apresentado em parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), comprovou-se a alta rotatividade no mercado de trabalho²⁶. A situação insere-se na tendência moderna de prevalência de relações efêmeras, fugazes, nas quais se sobressai a imediatidade à formação de vínculos duradouros. Ressalva-se, aqui, que a tendência verificada na pesquisa não se choca com as observações traçadas acima referentes à estabilidade. Não se confunde, obviamente, a discussão acerca da *potestade* patronal de dispensar com a baixa permanência no emprego por interesse do trabalhador, a despeito de serem matérias concorrentes. Uma coisa, portanto, é a regulamentação do direito patronal de despedir, que encontra amparo na Constituição e, outra, a discussão acerca da forma de melhor lidar com a alta rotatividade da mão de obra, tema em consonância com o princípio da continuidade, mas que, para seu adequado trato, requer alterações na legislação infraconstitucional para se tornar mais adequado. As conclusões obtidas com relação a um dos temas não pressupõem ou condicionam, inevitavelmente, as eventualmente obtidas no trato do outro.

²⁶ Segundo dados obtivos em pesquisa realizada pelo Governo Federal no período de 2007/2009: (i) Cerca de 2/3 dos vínculos são desligados antes de atingirem um ano de trabalho; (ii) e o tempo médio do emprego formal é de, aproximadamente, apenas 4 anos. (Fonte: Estudo de rotatividade de mão de obra – estudo realizado pelo DIEESE, no âmbito do projeto Desenvolvimento de Metodologia de Análise de Mercado de Trabalho Municipal e Qualificação Social para Apoio à Gestão de Políticas Públicas de Emprego, Trabalho e Renda. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CF587A5012D090A7A0554C6/rotatividade_mao_de_obra.pdf>. Acesso em: ago. 2011.



Portanto, a questão da alta rotatividade da mão de obra traz, em si, debate de incontestável interesse, ainda mais quando se supõe estender a ideia de continuidade para além da proteção aos contratos por prazo indeterminado, atingindo também a possibilidade de que sejam garantidos aos empregados a capacitação necessária para que alcancem sua recolocação no mercado de trabalho, haja vista a alta rotatividade no emprego decorrer da busca por melhores condições de trabalho.

Não se está, aqui, a tratar da questão dos *outsiders*, já conhecida da doutrina e aventada por Antoine Jeammaud²⁷ ao apresentar os desafios do direito do trabalho.

Propugna, isso sim, o trato diferenciado dos *contratos de trabalho por prazo indeterminado, mas efêmeros ou fugazes*, nos quais se garanta direitos específicos, voltados a permitir que o empregado mantenha-se, ainda que desempregado, inserto na população economicamente ativa (PEA)²⁸, devidamente habilitado, motivado e capaz de encontrar nova e melhor colocação – sustentando-se, assim, a *empregabilidade*. Trata-se, portanto, de um *tertium genus*, cuja finalidade não é a transitoriedade dos serviços ou a pretensão à indeterminação, mas a manutenção do empregado apto a ocupar novas colocações, isto é, adequado a maior fluidez do mercado de trabalho.

A questão, a despeito de propositiva, apresenta sua relevância na medida em que busca adequar o princípio da continuidade a uma característica mais comum do

²⁷ Os desafios para o direito do trabalho, nas quatro perspectivas apresentadas pelo professor Jeammaud, constam, sinteticamente, da obra citada, p. 32.

²⁸ Segundo dados obtidos no site do DIEESE, conceituou-se População Economicamente Ativa, para fins da Pesquisa Emprego e Desemprego (PED): População Economicamente Ativa - PEA - Corresponde à parcela da População em Idade Ativa (PIA) que está ocupada ou desempregada. Desempregados - São indivíduos que se encontram numa situação involuntária de não trabalho, por falta de oportunidade de trabalho, ou que exercem trabalhos irregulares com desejo de mudança. Essas pessoas são desagregadas em três tipos de desemprego: (i) Desemprego aberto: pessoas que procuraram trabalho de maneira efetiva nos 30 dias anteriores ao da entrevista e não exerceram nenhum trabalho nos sete últimos dias; (ii) Desemprego oculto pelo trabalho precário: pessoas que realizam trabalhos precários – algum trabalho remunerado ocasional de auto-ocupação – ou pessoas que realizam trabalho não-remunerado em ajuda a negócios de parentes e que procuraram mudar de trabalho nos 30 dias anteriores ao da entrevista ou que, não tendo procurado neste período, o fizeram sem êxito até 12 meses atrás; (iii) Desemprego oculto pelo desalento: pessoas que não possuem trabalho e nem procuraram nos últimos 30 dias anteriores ao da entrevista, por desestímulo do mercado de trabalho ou por circunstâncias fortuitas, mas apresentaram procura efetiva de trabalho nos últimos 12 meses (Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/ped/pedmet.xml>>).



mercado de trabalho atualmente, que é a alta rotatividade da mão de obra. Como mencionado, pode-se encontrar alguns pequenos indícios da intenção de se proteger o empregado contratado em *contrato efêmero ou fugaz*, ainda que não sistematizados, como são exemplos os artigos 390-C e 476-A, ambos da CLT.

Portanto, seja pela releitura de posições já assentadas, como a referente à estabilidade, seja pela atuação do direito sobre tendências contemporâneas, como é exemplo a alta rotatividade da mão de obra, encerra o princípio da continuidade função não só inspiradora, mas deveras impositiva quando se está a tratar do dever estatal de observância de seus valores constitucionais, não podendo o Poder Judiciário interpretar ou o Poder Legislativo legisferar acerca do direito do trabalho de forma alheia ou desatenta àquilo propugnado pelas ideias de preservação do contrato de trabalho e, também, da empregabilidade do trabalhador.

4 CONCLUSÕES

A revisitação dos princípios objeto do presente estudo é tema dos mais interessantes e relevantes quando se pretende discutir os fundamentos e contornos de determinado ramo jurídico. O reconhecimento de que os princípios, enquanto normas jurídicas e fonte formal do direito que são, encerram direitos e deveres é pressuposto inarredável de qualquer discussão. Paralelamente, entendermos que a conformação dos princípios é, inevitavelmente, reflexo das alterações nas fontes materiais do direito, empolga debates os mais interessantes, uma vez que a adaptabilidade dessa espécie normativa às contingências sociais traz como consequência o questionamento de dogmas e posições há muito assentadas.

Desta forma, propôs-se o presente trabalho a colocar em pauta uma nova abordagem aos princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade, tendo em vista as alterações ocorridas em nosso sistema constitucional e em nossa sociedade, alterações as quais, inevitavelmente, demandam a revisitação de posições há tempos sedimentadas e a proposição de novas abordagens.

Nessa toada, o reconhecimento de que o contrato de trabalho pressupõe, além de elementos de uma justiça comutativa – próprios de um direito civil



tradicional -, características da justiça distributiva²⁹ - uma vez que encerra o contrato laboral não só traços próprios da relação obrigacional privada, mas também, relevância social qualificada pela constitucionalização do valor social trabalho –, é fato que evidencia a própria relevância do direito do trabalho, mormente com a assunção da relação de trabalho em sentido amplo como seu objeto. Por isso, propugnar por uma aplicação extensiva dos princípios laborais às relações trabalhistas – subordinadas ou não – é a assunção da autonomia do direito do trabalho, em época de desafios e contestações, ainda que sob conformação diversa e específica.

Assim, sob a perspectiva assentada, pode-se inferir que a irrenunciabilidade carece de tratamento diverso, adaptável às contingências e pluralidades atuais, haja vista a miríade de relações empregatícias hoje verificadas – como a diversidade existente entre altos empregados, o teletrabalho e o empregado *de chão de fábrica* (JEAMMAUD, *As transformações...*, 2000, p. 70). Isso não significa, contudo, a mudança para uma singela disponibilidade, mas sim para uma *disponibilidade regradada*, que tem por pauta a melhoria das condições de trabalho na forma e nos limites estabelecidos na legislação.

No mesmo sentido encontram-se os princípios da primazia da realidade e da continuidade, que se inserem na ordem jurídica com o intuito de oferecer instrumental apto a promover o trato adequado das relações de trabalho, atentos às modificações e contingências decorrentes das relações sociais, e não sob um pretenseu protecionismo substitutivo da vontade individual do trabalhador e coletiva da categoria. Os princípios, portanto, apresentam-se como ferramentas hábeis à adequação e à atualização do sistema normativo.

Portanto, conclui-se o estudo aqui desenvolvido certo de que alterações são necessárias, essencialmente a fim de evitar o descompasso do sistema normativo positivado das demandas sociais. A revisitação e as proposições realizadas ao longo

²⁹ “Aristóteles distinguia a justiça particular em três espécies: a comutativa, a distributiva e a legal. A primeira visa a igualdade entre os sujeitos, a equivalência das prestações, o equilíbrio patrimonial entre as partes da relação jurídica. É a justiça dos contratos, da vida particular. A justiça distributiva ‘consiste em repartir proporcionalmente entre os membros da comunidade as vantagens sociais e os encargos comuns.’ Adota o princípio da proporcionalidade, o que significa dizer: a cada um conforme a sua necessidade. A justiça legal (ou geral) é a justiça nas relações dos sujeitos com autoridade, que se traduz na submissão à ordem vigente. (...)” (AMARAL, 2006, p. 17).



deste estudo pretenderam colocar elementos novos e despertar debates acerca de temas sobre os quais pairam relativa conformidade de tratamento, uma vez que desafiar situações postas e repensar concepções arraigadas pressupõe relativizar dogmas em abono de uma maior identificação e coerência entre o teórico e o prático.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- BELTRAN, Ari Possidonio. O direito do trabalho em transformação. **Revista do Advogado**, n. 110, ano XXX, p. 24-29, dezembro de 2010.
- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/arquivos/direito_do_trabalho/iViewerRuntime.html>. Acesso em: 15 ago. 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DIEESE. **Estudo de rotatividade de mão de obra**. Estudo realizado pelo DIEESE, no âmbito do projeto Desenvolvimento de Metodologia de Análise de Mercado de Trabalho Municipal e Qualificação Social para Apoio à Gestão de Políticas Públicas de Emprego, Trabalho e Renda. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CF587A5012D090A7A0554C6/rotatividade_mao_de_obra.pdf>. Acesso em: ago. 2011.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- JEAMMAUD, Antoine. A questão do futuro do direito do trabalho: visão da Europa. *In*: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 31-60.
- JEAMMAUD, Antoine. As transformações do trabalho e seus reflexos nos tribunais. *In*: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 61-74.
- JEAMMAUD, Antoine. A questão do futuro do direito do trabalho: visão da Europa. *In*: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 75-92.



- MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Dispensas individuais. *In*: MANNRICH, Nelson; VOGEL, Gustavo; FLORINDO, Valdir; FREDIANI, Yone (Org.). **Reconstrução do Direito do Trabalho**: Anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho**: do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fábris Editor, 2005.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do Advogado**, n. 110, ano XXX, p. 104/110, dezembro de 2010.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. (Coord). **Estudo sobre as fontes do direito do trabalho**: Grupo das quartas feiras. São Paulo: LTr, 1998.
- ROMITA, Arion Sayão. **Despedida arbitrária e discriminatória**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607/630, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



O CONFLITO ENTRE A COISA JULGADA TRIBUTÁRIA E OS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO¹

THE CONFLICT OF FINAL SENTENCES IN TAX LAW AND THE EFFECTS OF CONCENTRATED CONSTITUTIONAL CONTROL

Alexandre Cesar Malheiros²

Resumo

A presente pesquisa está direcionada a comparar os efeitos do controle de constitucionalidade concentrado, *ex tunc* e *erga omnes* (respectivamente, o efeito retroativo e o efeito que atinge a todos os indivíduos) com os efeitos do instituto da coisa julgada. Podendo, portanto, identificar o conflito entre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade concentrado na seara do Direito Tributário, observando se o princípio da segurança jurídica deve sucumbir diante da relativização da coisa julgada ou não, e, assim, resolvendo o conflito entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia. Pormenorizando a questão, com o fim de verificar se deve prevalecer uma decisão do Supremo Tribunal Federal ou uma decisão individual já transitada em julgado acerca de um caso envolvendo a seara tributária, sempre que ocorrer antagonismo entre estes dois tipos de julgado. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, onde serão analisadas questões a este respeito, utilizando referências de doutrinas, artigos científicos e demais obras jurídicas, visando, principalmente, se deve prevalecer uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou uma decisão individual já transitada em julgado acerca de um caso envolvendo o Direito Tributário, quando houver conflito entre os julgados.

Palavras-chave: Coisa julgada tributária; Controle de constitucionalidade concentrado; Princípio da segurança jurídica; Princípio da isonomia; Coisa julgada inconstitucional; Relativização da coisa julgada.

Abstract

This research is aimed at comparing the effects of concentrated judicial normative control *erga omnes* and *ex tunc* (respectively, the retroactive effect and that which affects all individuals) with the effects of the institute of *res judicata*. One may therein identify the conflict between *res judicata* and judicial review, focusing on tax law for example, and observing if the principle of legal certainty must or must not

¹ Trabalho submetido em 03/05/2013, pareceres finalizados em 27/06/2013 e 28/07/2013, aprovação comunicada em 05/08/2013.

² Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville. E-mail: <alexandre.malheiros@hotmail.com>.



succumb to the relativization of res judicata, and thus resolve the conflict between the constitutional principles of legal certainty and equality. Detailing the issue, in order to check whether a supreme court or an individual decision should prevail, over final decisions on cases involving tax law, whenever there is antagonism between these two types of sentences. In this paper the issues will be analyzed in this respect, using references doctrines, scientific papers and other legal works, aiming mainly to ascertain if a decision of the supreme court, in concentrated control, or an individual which became final on a case involving the tax law, when there is conflict between the justices.

Keywords: Tax law sentences; Concentrated constitutional control; Final sentences.

INTRODUÇÃO

O objeto deste Artigo Científico é a investigação acerca do conflito entre os efeitos do controle de constitucionalidade concentrado e os limites da coisa julgada tributária, perseguindo a questão: é viável ou não a sua relativização no sistema jurídico brasileiro?

Sabe-se que o Estado Democrático de Direito está sustentado, entre muitos fundamentos, na segurança jurídica. Assim, não é possível versar sobre o acesso à justiça sem dar ao cidadão a efetiva certeza de ver o seu conflito solucionado. Ou seja, não pode existir a insegurança de que após longo trâmite processual, que culmine com uma decisão transitada em julgado, possa o Poder Judiciário emitir decisões contrárias àquelas. É exatamente isto que se pretende com a chamada “relativização da coisa julgada”.

Ora, analisando um exemplo na seara tributária, podemos observar a amplitude da questão: uma norma é declarada inconstitucional por decisão na esfera individual em controle difuso, que transita em julgado, implicando no não recolhimento de algum tributo pelo contribuinte. O que acontece se, posteriormente, sobrevier uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, em sentido contrário?

Percebe-se, portanto, que a coisa julgada possui natureza sociológica e é base fundamental para a segurança jurídica e a credibilidade das decisões do Poder Judiciário, sendo necessária a análise do tema para, ao menos, almejar uma possível elucidação acerca da lacuna existente no panorama jurídico atual.



O objetivo geral deste trabalho é mostrar aos leitores os valores dos princípios jurídicos no processo judicial brasileiro e comparar os efeitos do controle de constitucionalidade concentrado, *ex tunc e erga omnes* (respectivamente, o efeito retroativo e o efeito que atinge todos os indivíduos) com os efeitos do instituto da coisa julgada. Ainda, verificar se, ocorrendo o antagonismo entre decisões, deve prevalecer o instituto da coisa julgada ou a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, para, assim, resolver o conflito entre os princípios constitucionais segurança jurídica e isonomia.

Desta forma, visa-se analisar a problemática referente à relativização da coisa julgada em matéria tributária mediante o controle de constitucionalidade concentrado do Supremo Tribunal Federal.

Adotou-se o método bibliográfico, operacionalizado com as técnicas da pesquisa bibliográfica e fichamentos.

O desenvolvimento das ideias se dá, primeiramente, estudando o Controle de Constitucionalidade de Leis, verificando o contexto histórico do surgimento dos sistemas de controle concentrado e difuso, com análise especificamente acerca dos efeitos do controle concentrado. Posteriormente, será abordado o instituto da Coisa Julgada, sua diferenciação dentro do ramo do Direito Tributário, bem como o seu histórico no mundo do direito. Por último, discutir-se-á o conflito entre a coisa julgada e os efeitos do controle de constitucionalidade concentrado, demonstrando-se a possibilidade ou não da relativização e as consequências trazidas ao panorama jurídico brasileiro. Além disso, serão abordados os principais posicionamentos a favor e contra na doutrina brasileira.

Findando a análise do conteúdo investigatório, nas considerações finais será apurado o que concluiu da presente pesquisa e as principais observações sobre o tema.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um instituto muito antigo e está presente nas constituições brasileiras desde a Carta Magna de 1891 (SILVA, 2000, p. 52).



No Brasil, nasceu sob a forma de controle difuso (LENZA, 2008, p. 125). A partir de então, evoluiu gradativamente, ganhando novas formas e conceitos, culminando no modelo que conhecemos hoje, o qual está sacramentado na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988. O tema já foi alvo de muito estudo no direito pátrio, inclusive sendo esmiuçado por grandes doutrinadores brasileiros. No entanto, cabe neste presente trabalho, apenas defini-lo para se entender a sua abrangência no sistema jurídico brasileiro. No geral, pode-se entender o controle de constitucionalidade como o modo de “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.” (MORAES, 2006, p. 637).

O doutrinador Moraes assinala ainda outra ideia acerca do tema, dizendo que “no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais”. (MORAES, 2006, p. 637). Paradigma este, que podemos entender como bloco de constitucionalidade. (AVELAR, 2008, p. 24-25). Assim, percebe-se que o bloco de constitucionalidade não é apenas o que está escrito no texto constitucional, mas todas as normas que estabeleçam uma relação com direitos constitucionais, mesmo que inseridas em outros textos ou tratados.

Como visto, o tema é bastante amplo, pois existem muitos tipos e subtipos a serem analisados. Primeiramente, faz-se análise sobre o que é inconstitucionalidade.

Da etimologia da palavra, extrai-se o seu significado, conforme verbete explicado por Silva:

Na terminologia jurídica, serve para exprimir a qualidade do que é inconstitucional ou contravém a preceito, regra ou princípio instituído na Constituição.

A inconstitucionalidade, pois, é revelada por disposição da norma ou por ato emanado de autoridade pública, que se mostrem contrários ou infringentes de regra fundamental da Constituição. (SILVA, 2003, p. 726-727).



Assim, em seu sentido amplo, a inconstitucionalidade pode ser entendida simplesmente como a contrariedade da norma em face da Constituição Federal. Veja-se o conceito de Carraza:

[...] inconstitucional é a lei (ou o ato normativo de inferior tope) que contravém, em sua letra ou em seu espírito, prescrições, mandamentos, categorias ou princípios encartados na constituição. Portanto, inconstitucional é, não só a norma jurídica que viola a letra expressa do Texto Supremo, mas a que atrita com seu espírito. Eis por que é na Constituição que, em última análise, devem ser buscadas as soluções para os mais graves problemas jurídicos. (CARRAZA, 2009, p. 28).

Pois bem, entendida a inconstitucionalidade como instituto amplo, podem-se diferenciar os institutos de inconstitucionalidade formal e material. Para isso, faz-se uso das palavras do professor Avelar:

A inconstitucionalidade formal é verificada sob dois aspectos: objetivo e subjetivo (ou orgânico). O primeiro, objetivo, diz respeito ao procedimento em si da elaboração da lei infraconstitucional, bem como ao seu status dentro da escala hierárquica. [...] Quanto ao mote subjetivo ou orgânico, verifica-se a inconstitucionalidade de uma lei quando ocorre um vício de competência do órgão que a criou ou de quem teve a iniciativa de propô-la. [...] A inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo da norma. (AVELAR, 2008, p. 27-28).

Portanto, tem-se que “o controle formal é, por excelência, um controle estritamente *jurídico*” (BONAVIDES, 2004, p. 297). Enquanto, o controle material é um “controle criativo, substancialmente *político*” (BONAVIDES, 2004, p. 299). Porém, é importante ressaltar que para haver a inconstitucionalidade (seja formal ou material) assim como, o controle de constitucionalidade, é necessária a existência de uma Constituição do tipo rígida (MORAES, 2006, p. 5).

Percebe-se, ainda, que o sistema rígido é fundamentado na diferenciação entre o poder constituinte e os poderes constituídos, e, “disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.” (BONAVIDES, 2004, p. 296).



Explica, ainda, Bonavides que “as Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam.” (BONAVIDES, 2004, p. 296). Daí surge o chamado princípio da supremacia constitucional (SILVA, 2000, p. 47).

Para melhor se entender tal princípio, é válido observar a explicação de Carraza:

A Constituição é [...] o fundamento último da ordem jurídica, ou seja, a base das atividades estatais. É ela que define a vida pública, que elenca os direitos individuais, coletivos e difusos e suas garantias. Nenhum ato infraconstitucional pode subsistir se, direta ou indiretamente, afrontar seus superiores ditames. (CARRAZA, 2009, p. 27-28).

Entende-se, portanto, que tal conceito demonstra a necessidade, dentro do Estado de Direito, de haver um escalonamento jurídico no qual a norma constitucional está no topo, em nível de importância. Neste sentido, ressalta Silva que “para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial.” (SILVA, 2000, p. 51).

Esta técnica nada mais é que o chamado controle de constitucionalidade, o qual pode ocorrer em dois momentos: antes do projeto de lei tornar-se lei (prévio ou preventivo) ou já sobre a lei (posterior ou repressivo). (LENZA, 2008, p. 133-134).

No primeiro, o controle é “realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo. [...] a “pessoa” que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade do aludido projeto de lei.” (LENZA, 2008, p. 134). Por outro lado, no controle repressivo, “os órgãos de controle verificarão se a lei, ou ato normativo, ou qualquer ato com indiscutível caráter normativo, possuem um vício formal [...] ou vício material.” (LENZA, 2008, p. 138).

O sistema de controle de constitucionalidade repressivo é subdividido pela grande maioria dos juristas em três: político, jurisdicional e misto (SILVA, 2000, p. 51).

Para entender-se melhor, o controle político é aquele exercido por um órgão específico para tal, ou seja, órgão criado apenas para garantir o controle de



constitucionalidade do país. Já o controle jurisdicional, é realizado pelo poder Judiciário, porém de duas maneiras distintas: através de um único órgão (concentrado) ou por meio de qualquer juiz ou tribunal (difuso). O controle misto, por sua vez, é aquele que mistura os outros dois tipos de controle (LENZA, 2008, p. 138-139).

Existe divergência doutrinária para a definição de qual o sistema de controle de constitucionalidade utilizado no Brasil, pois, existem diversas óticas sobre esta definição, porém, a mais acertada parece ser a de que o controle realizado no Brasil é o misto (GROSS, 2010, p. 160), feito ora pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional), ora pela atuação das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional (controle político). No entanto, ressalte-se que apesar de misto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro assemelha-se muito mais ao controle jurisdicional do que ao político.

Feita esta digressão sobre o tipo de sistema de constitucionalidade adotado no Brasil, pode-se definir, historicamente, com os dizeres de Jean Marcou *apud* Dallari que o “século XX é o século dos tribunais constitucionais.” (MARCOU *apud* DALLARI, 2010, p. 329). Ou seja, foi no século passado, que o controle de constitucionalidade ganhou força e começou a ter seu conceito formado e estruturado.

Em alguns países, sobretudo os europeus, foram criados órgãos constitucionais, que tratavam de cuidar da constitucionalidade das leis criadas no país (controle político). Em outros, este controle era simplesmente exercido por tribunais comuns, que detinham a competência para tal, via de regra, eram tribunais superiores (controle jurisdicional). Com o passar dos anos, a noção de constitucionalidade das nações evoluiu notadamente (FIGUEIREDO, 2000, p. 21).

Portanto, verifica-se que os “sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle de constitucionalidade: o *controle difuso* (ou jurisdição constitucional difusa) e o *controle concentrado* (ou jurisdição constitucional concentrada)” (SILVA, 2000, p. 51).



2 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto, no Brasil, o controle de constitucionalidade – adotando a corrente de que o sistema aqui utilizado é o misto ou até mesmo o jurisdicional – é feito pelo Supremo Tribunal Federal (órgão de cúpula) ou pelos demais juízes do Poder Judiciário. Assim, “o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis consagra duas formas básicas: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.” (BONAVIDES, 2004, p. 302). São estes os conhecidos controles, concreto (ou difuso) e abstrato (ou concentrado).

Percebe-se, pois, que o sistema de controle judicial da constitucionalidade pode partir de um critério subjetivo (exatamente por observar qual o sujeito que fará o controle – órgão jurisdicionado qualquer ou órgão de cúpula) ou formal (que analisa o meio pelo qual será feito o controle: incidental ou direto) (LENZA, 2008, p. 143).

Desta forma, pode-se extrair definição na lição de Lenza:

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade.

Por seu turno, no sistema concentrado, como o nome já diz, o controle se concentra em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de competência originária do referido órgão.

Sob outra perspectiva, do ponto de vista formal, o sistema poderá ser pela via incidental, ou pela via principal.

No sistema de controle pela via incidental (também chamado pela via de exceção ou defesa), o controle será exercido como questão prejudicial e premissa lógica do pedido principal.

[...]

Já no sistema de controle pela via principal (abstrata ou pela via de “ação”), a análise da constitucionalidade da lei será o objeto principal, autônomo e exclusivo da causa.

Mesclando as duas classificações, verifica-se que, regra geral, o sistema difuso é exercido pela via incidental, destacando-se, aqui, a experiência norte-americana, que, inclusive, influenciou o surgimento do controle difuso no Brasil.

Por sua vez, por regra, o sistema concentrado é exercido pela via principal, como decorre da experiência austríaca e se verifica no sistema brasileiro. (LENZA, 2008, p. 143).

Feita esta distinção dos conceitos de controle difuso e concentrado, é válido estudar cada instituto separadamente, como será feito adiante. Primeiramente, analisemos o controle difuso.



O controle de constitucionalidade, em si, nasceu sob a forma do controle difuso (também conhecido como controle por via de exceção) (MORAES, 2006, p. 645). Historicamente, teve sua origem nos Estados Unidos da América, em 1803, com a emblemática decisão do Juiz John Marshal no caso *Marbury versus Madison*, a qual decidiu que, ocorrendo o conflito, no caso concreto, entre a aplicação de uma lei a Constituição, deveria prevalecer o texto constitucional por ter hierarquia superior (LENZA, 2008, p. 144). O professor Dallari, faz interessante observação histórica do fato:

Buscando na história as origens da ideia de controle de constitucionalidade, chega-se à disputa que se travou desde a criação dos Estados Unidos da América, opondo a pretensão de supremacia do Legislativo, como veículo de expressão da vontade do povo, e o direito de controle da legitimidade e do acerto da interpretação dessa vontade, dando a última palavra à Suprema Corte. Por meio de algumas decisões do final do século XVIII, mas definitivamente a partir de 1803, com a decisão do caso *Marbury versus Madison*, que é referência teórica necessária, foi consagrada a supremacia da Constituição como fator básico de garantia dos direitos e de equilíbrio do sistema político. Desde então foi reconhecido à Suprema Corte o papel primordial de intérprete e guarda da Constituição. É importante assinalar que no sistema constitucional estadunidense não foi criado, nem na origem nem depois, um Tribunal Constitucional, com a função específica de exercer o controle de constitucionalidade, mas, diferente disso, a competência para exercer o controle foi dada ao órgão situado na cúpula da organização do Poder Judiciário, como sua função preponderante, porém não exclusiva. (DALLARI, 2010, p. 329-330).

Esta forma de controle de constitucionalidade caracteriza-se, basicamente, por dois pontos: “a inconstitucionalidade é arguida pela parte, no processo, como questão incidental; a decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade só prevalece entre as partes da demanda [...] logo, qualquer juiz pode continuar a aplicá-la por considerá-la constitucional.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 24).

Assim, a lei declarada inconstitucional pelo método difuso, não tem a sua vigência extinta, ou seja, ela pode ainda ter aplicação em outros casos que estão em trâmite no Poder Judiciário, a menos que aconteça a sua revogação pelo poder competente (BONAVIDES, 2004, p. 303).

Os efeitos da decisão judicial, no controle incidental (meio difuso), serão, em regra, *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, irá retroagir à data de vigência da lei e acarretar obrigação de cumprimento apenas para as partes envolvidas no processo



judicial que deu existência à discussão acerca da constitucionalidade da norma (AVELAR, 2008, p. 42).

Verifica-se, nesse tipo de controle de constitucionalidade, que o objeto principal da ação que dá ensejo à discussão nunca é a própria constitucionalidade da lei *in abstracto*, sendo apenas questão incidental, prejudicial, e gera um procedimento *incidenter tantum*, que visa verificar a existência ou não do vício alegado pela parte (SILVA, 2000, p. 55). Ou seja, “o que se discute na demanda é a relação jurídica travada entre as partes; a inconstitucionalidade da norma é apenas questão incidental.” (AVELAR, 2008, p. 42).

Assim, percebe-se que “é outorgado ao interessado [...] obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior.” (MORAES, 2006, p. 645).

O doutrinador Pontes explica que “não há autorização legal para a flexibilização do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso de constitucionalidade, ao contrário do que ocorre no sistema concentrado”. (PONTES, 2005, p. 38).

Por outro lado, temos o controle de constitucionalidade concentrado (também denominado de controle por via de ação) (BONAVIDES, 2004, p. 307) que possui a característica básica de concentrar-se num único órgão jurisdicionado (LENZA, 2008, p. 157). Tem, portanto, origem histórica diversa do método difuso:

Nesse período da história da humanidade, o primeiro sinal de percepção da necessidade de um sistema normativo fundamental, baseado no respeito pela pessoa humana, na garantia dos direitos fundamentais e no reconhecimento da Constituição como síntese das exigências de uma sociedade justa, foi a manifestação de um novo constitucionalismo, proclamando e garantindo a igualdade dos direitos individuais e reconhecendo os direitos sociais, como ficou expresso na Constituição do México de 1917, muito inovadora mas de valor praticamente simbólico, e na Constituição alemã da República de Weimar, de 1919. Um complemento fundamental dessas inovações foi justamente a criação de uma Alta Corte, cuja principal atribuição era o controle da constitucionalidade. A inovação pioneira, que teria, a partir de então, enorme influência teórica e prática, apareceu na Constituição da Tchecoslováquia, de 29 de fevereiro de 1920, e logo mais na da Áustria, de 1º de outubro de 1920, cuja elaboração, em ambos os casos, foi inspirada em propostas apresentadas e defendidas por Hans Kelsen. (DALLARI, 2010, p. 332).



O jurista Hans Kelsen pode ser considerado, portanto, o criador do controle concentrado de constitucionalidade (MORAES, 2006, p. 664). Para ele, “a aplicação das regras constitucionais não é garantida senão com a condição de que um órgão distinto do corpo legislativo seja encarregado de examinar a constitucionalidade de uma lei.” (DALLARI, 2010, p. 332).

Tais ideias culminaram, como citado anteriormente no excerto de Dallari, no surgimento de um tribunal constitucional na Áustria, consagrado na Constituição austríaca de 1920 (MORAES, 2006, p. 663).

No Brasil, apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934, o controle concentrado surgiu por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, dando ao Supremo Tribunal Federal a atribuição e competência de processar e julgar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais (MORAES, 2006, p. 664).

Conceitualmente, “o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de “concentrar-se” em um único tribunal.” (LENZA, 2008, p. 157). No direito pátrio, por exemplo, tal controle fica concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Esse sistema de controle se dá de maneira direta, ou seja, não existe qualquer direito subjetivo a ser tutelado pelo juiz (AVELAR, 2008, p. 49). Assim, entende-se que o controle concentrado “permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional.” (BONAVIDES, 2004, p. 307). A lei que for declarada inconstitucional pela via de ação será removida da ordem jurídica com a qual está incompatível, assim, perdendo a sua validade constitucional, sendo conseqüentemente, anulada *erga omnes* (BONAVIDES, 2004, p. 307).

Verifica-se, portanto, que os efeitos da decisão em sede de controle concentrado estendem-se a todos (*erga omnes*) e tem, via de regra, eficácia retroativa (*ex tunc*), pois faz a inconstitucionalidade atingir a norma desde a sua origem (ROSA, 2012).

O controle concentrado pode ser realizado em cinco situações. São elas: por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (art. 102, I, "a", CF), da Ação



Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art. 102, I, "a" e Ecs. n. 3/93 e 45/2004), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), e da ADI por omissão e da ADI interventiva (LENZA, 2008, p. 157). As duas últimas não serão pormenorizadas neste trabalho, no entanto, as três primeiras encontram-se reguladas pelas Leis n. 9.868/1999³ e n. 9.882/1999⁴.

Os legitimados para a propositura da ADI estão no artigo 103, *caput*, da Constituição Federal. Neste ponto, percebe-se que o método concentrado tem legitimados e competência diferentes do método difuso, diferindo, inclusive, nos seus efeitos (FIGUEIREDO, 2000, p. 29). Os efeitos no controle incidental, como visto, são, em regra, *inter partes* e *ex tunc*. Portanto, “a decisão não obriga os juízes e a Administração relativamente aos casos análogos que estiverem em curso.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 30). Ou seja, não existe o precedente obrigatório, conhecido como *stare decisis* (MARINONI, 2010, p. 100-101), existente nos Estados Unidos.

Feito este adendo, retoma-se o paralelo traçado entre os efeitos das declarações de inconstitucionalidade: na decisão que declara a inconstitucionalidade no controle concentrado, os efeitos serão, *erga omnes* e *ex tunc* (MORAES, 2006, p. 687). “Neste sentido, pode ser afirmado, por regra, que a lei inconstitucional nunca produziu efeitos, até porque a sentença declaratória restitui os fatos ao *status quo ante*” (LENZA, 2008, p. 202).

Figueiredo explica que “a constituição brasileira não cuida, expressamente, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que tornou a matéria controvertida na doutrina e jurisprudência.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 29).

Assim, uma consequência gerada pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, “seria a necessidade, aprimorada pelo STF, de aplicar a técnica da modulação dos efeitos da decisão diante de situações particulares” (LENZA, 2008, p. 202). Isto pode vir a gerar a sentença inconstitucional, “qual seja aquela que considera lei válida e que, por decisão futura do STF, em controle

³ Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁴ Art. 1º - A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.



concentrado, vem a ser declarada inconstitucional, ou o contrário”. (LENZA, 2008, p. 202).

Para desconstituir a sentença inconstitucional, seria necessário o ajuizamento de Ação Rescisória, nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil - CPC⁵. No entanto, “transcorrido *in albis* o prazo decadencial de 2 anos sem o ajuizamento da ação rescisória, não poderá mais se falar em desconstituição da coisa julgada individual”. (LENZA, 2008, p. 203).

Pois bem, é de extrema importância ressaltar que a Lei 9.868/1999 inovou ao tratar dos efeitos gerados pelas decisões proclamadas por ADI, “permitindo ao Supremo Tribunal Federal a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. (MORAES, 2006, p. 688). Veja-se a letra da lei:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL. **Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal)

Além disso, a Lei 9.868/1999 também dispôs, expressamente, em relação ao efeito vinculante que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade gera aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, em todas as suas esferas (MORAES, 2006, p. 690).

Tal previsão restou sacramentada em nosso ordenamento com a edição das Emendas Constitucionais 3/93⁶ e 45/2004⁷, estabelecendo eficácia geral e efeito

⁵ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar literal disposição de lei;

⁶ EC 03/1993: Art. 102. (...) I – (...). a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; §1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

⁷ EC 45/2004: Art. 102. (...) I – (...). r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; III – d) julgar válida lei local contestada em face de lei



vinculante para as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade. Este efeito vinculante também está expresso no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/1999:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (BRASIL. **Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal)

Assim, é necessário, agora, verificar-se a definição do instituto da coisa julgada a fim de entender o conflito que gerado ao se colocar os dois institutos frente à frente.

3 COISA JULGADA

A coisa julgada está inserida no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Civil, assim como na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (antigamente denominada de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – LICC). Veja-se o que diz a letra da lei:

LINDB (ex-LICC)

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

federal. § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.



§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)

CPC

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. (BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil)

Percebe-se que, ao definir a coisa julgada material, o legislador pátrio acabou por tratar da coisa julgada formal (OLIVEIRA, 2010, p. 41). A diferença entre tais institutos será melhor ponderada mais adiante. O significado etimológico da expressão coisa julgada deriva do latim, *res iudicata*. (MARTINS, 2005, p. 17). Vários doutrinadores já a definiram (LIEBMAN *apud* FIGUEIREDO, 2000, p. 57); (WAMBIER; MEDINA *apud* MARTINS, 2005, p. 17); (PONTES, 2005, p. 107); (SEIXAS FILHO *in* MARTINS et al., 2005, p. 29); (DELGADO, *in* MARTINS et al., 2005, p. 240).

Pode-se definir a coisa julgada como sendo o instituto que reveste a sentença da impossibilidade de nova discussão sobre a matéria, gerando, por consequência, a irrecorribilidade e a segurança jurídica. Vale ressaltar que a coisa julgada tem limites, sendo divididos pela doutrina entre limites subjetivos e objetivos (OLIVEIRA, 2010, p. 42).

Os limites subjetivos “dizem respeito às partes” (OLIVEIRA, 2010, p. 43), assim, tem-se, em regra, que não se pode beneficiar nem prejudicar alguém com a sentença senão as próprias partes litigantes (OLIVEIRA, 2010, p. 43). Já os objetivos dizem respeito a quais partes da sentença se tornam imutáveis e, neste quesito, a teoria de Liebmann foi contemplada em nosso Código de Processo Civil, sendo que apenas o dispositivo da sentença faz coisa julgada.

Ainda, o legislador previu a Ação Rescisória:

CPC

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

IV - ofender a coisa julgada; (BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil).



Como visto, no caso da existência de uma sentença inconstitucional, necessita-se atentar ao prazo decadencial para a sua propositura (OLIVEIRA, 2010, p. 56). A “inconstitucionalidade na rescisória, poderá ser suscitada por violação ao texto constitucional expresso, a princípio constitucional não positivado e ainda por ofensa ao espírito (sistema) da CRFB/88.” (ABBOUD, 2005, p. 59).

Ressaltados tais conceitos, segue-se breve traçado evolutivo para que seja entendido como a coisa julgada era aplicada no passado e com está sendo discutida a sua relativização nos dias atuais.

Desde o Direito romano, a coisa julgada já vem recebendo especial atenção dentro dos processos jurídicos. Naquele tempo, “o objetivo do processo era a atuação da vontade da lei em relação a denominado bem da vida (**res in iudicium deducta**).” (SOUZA, 2012). Observe-se como a coisa julgada era aplicada:

A partir do período formulário, o Direito romano separa, o processo em dois estágios, **in iure** (cuja figura principal era o **pretor**) e **in iudicio** (em que o principal era o **iudex**), em que se evidencia a finalidade do processo como especialização da lei: a lei formulada para casos concretos que era aplicada aos fatos, ou seja, na **sententia** consagrava a **condenatio** ou a **absolutio**, em ato.

Todo o processo romano gravitava em torno da sentença, ato de vontade estatal, no qual se sacramentava a vontade concreta da lei.

Daí o porquê o conceito romano de coisa julgada, que era a **res in iudicium deducta**, o bem jurídico disputado pelos litigantes, depois que a **res** (coisa) foi **iudicata**, isto é, reconhecida ou negada ao autor. (SOUZA, 2012).

Tal instituto trazia segurança aos romanos, pois deste modo, em um eventual novo processo, em que o mesmo bem ou direito fosse discutido, a **res iudicata** poderia ser oposta. A noção de fim de processo era tão latente que o termo utilizado para designar a sentença significava “ato final do processo.” (SOUZA, 2012)

A ideia de segurança, que era tão importante aos romanos, é semelhante à dos dias atuais (CHIOVENDA *apud* SOUZA, 2012). Percebe-se, assim, que o conceito da coisa julgada já existe há muitos séculos.

No entanto, a principal discussão acerca do tema, que surgiu um pouco mais recentemente, adveio da batalha travada entre os juristas Enrico Liebman e Francesco Carnelutti, na Itália. A contenda teve início quando o então jovem jurista



Leibman, que trazia consigo os ensinamentos de seu mestre Giuseppe Chiovenda, atacou as posições já consolidadas do veterano e respeitado Carnelutti.

O Professor Dinamarco bem explicou a discordância entre os dois pensadores:

A discordância evidencia-se tão pouco verbal, quanto mais observamos que os dois autores partiam de premissas diametralmente opostas, com referência ao fundamento quesito metodológico da estrutura do ordenamento jurídico: enquanto Liebman formado na escola de Chiovenda, manifestava uma sólida base dualística (o ordenamento jurídico tem duas ordens diversas de normas, substanciais e processuais, e estas nada têm a ver com a produção do direito do caso concreto), fundava-se Carnelutti no pressuposto de que o direito positivo substancial emana normas genéricas incompletas, as quais só por obra da sentença se tornam um círculo fechado, sendo ela um comando complementar (qualquer que seja esta menos dispositiva). Por isso, ele ensina que o juiz comanda para o caso concreto como se fosse uma longa manus do legislador e louvava ao legislador italiano a inclusão das normas referentes à coisa julgada no Código Civil. Depois, afirmava que a imperatividade da sentença (coisa julgada material) tem uma eficácia reflexa que atinge terceiros, estranhos à relação processual em que esta foi pronunciada. (DINAMARCO *apud* SOUZA, 2012)

Desta forma, deixa-se claro o intuito da coisa julgada em assegurar a imutabilidade das decisões, o que traz segurança jurídica. Ademais, ressalte-se a importância das ideias de Liebman e a sua enorme influência ao direito brasileiro, notadamente ao processo civil brasileiro. Muito porque o mesmo se radicou no Brasil em 1939, vindo a lecionar na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Seus pensamentos influenciaram diversos juristas brasileiros, tais como Cândido Rangel Dinamarco, Moacyr Amaral dos Santos e Alfredo Buzaid. Este último foi seu discípulo direto e trouxe os pensamentos de seu mestre para a reforma do Código de 1939, que culminou no Código de Processo Civil de 1973 (que ficou conhecido por Código Buzaid). (ACADEMIA Brasileira de Direito Processual. *Imortais da academia*: Enrico Túlio Liebman. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>>)

Perceba-se que, conforme já anteriormente mencionado, o artigo 467 do Código de Processo Civil dispõe sobre a coisa julgada no processo brasileiro. Ela foi definida, em sua redação final como “eficácia”, demonstrando claramente a adesão do legislador brasileiro à teoria alemã (AMORIM, 2012).



Explica-se: existem três acepções sobre o instituto da coisa julgada, duas decorrentes das teorias clássicas: a alemã (que diz que a coisa julgada seria um efeito da decisão) e a italiana (para qual a coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da decisão) (OLIVEIRA, 2010, p. 40); e uma terceira, e mais recente (que não provém das teorias clássicas), que traz a coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão (AMORIM, 2012).

A redação inicial do dispositivo, no Anteprojeto do Código, foi elaborada por Alfredo Buzaid, na qual distinguia os conceitos de efeitos da sentença e de autoridade da coisa julgada, seguindo os ensinamentos de seu mestre Enrico Liebman. Contudo, à época, foi voto vencido nas discussões acerca do Anteprojeto, vindo a constar no texto final da redação do artigo a palavra “eficácia”, demonstrando, como dito anteriormente, que o legislador optou pela corrente alemã (AMORIM, 2012).

Em tempo, cabe pequena explicação acerca do pensamento de Giuseppe Chiovenda, do qual advieram as ideias de Enrico Liebman:

É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isto, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se que, para Kelsen – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença).

Chiovenda é um claro adepto da doutrina que, inspirada no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa, época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, resumia-se a um corpo de profissionais que nada podia criar. (MARINONI, 2010, p. 26-27).

Assim, percebe-se que “atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle de constitucionalidade”. (MARINONI, 2010, p. 31).



Feita esta pequena viagem através dos conceitos das teorias clássicas, verifica-se que, a rigor, no Brasil, a decisão que transita em julgado torna-se imutável pela força do instituto da coisa julgada (MARINONI, 2010, p. 31) – que traz segurança jurídica ao Estado Constitucional, como observado a partir da evolução histórica traçada.

Importante, agora, diferenciar os conceitos de coisa julgada formal e material, o que se faz nas lições de Silva:

A garantia, aqui, refere-se à coisa julgada material, não à coisa julgada formal. Ficou, pois, superada a definição do art. 6º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Prevalece, hoje, o conceito do Código de Processo Civil:

Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467).

Dizemos que o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, em oposição à opinião de Pontes de Miranda, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal.

Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória. (SILVA, 2000, p. 436-437).

Portanto, pode-se considerar que a coisa julgada formal diz respeito ao direito processual, ou seja, ela é o efeito conclusivo dado ao processo, no qual não se permite mais discutir o objeto do litígio. Por sua vez, a coisa julgada material pode ser conceituada como o efeito imutável eficaz atribuído à sentença.

Ressaltados tais conceitos, é preciso entender a importância do tema para o Direito Tributário. É certo que o instituto da coisa julgada serve ao direito em qualquer seara, não existindo significação diferente para cada ramo do direito (ELALI; PEIXOTO *in* MARTINS et al., 2005, p. 25). Não há, portanto, nenhuma



especificidade da coisa julgada tributária, ou seja, a coisa julgada é instituto comum a todos os processos, pois responde perfeitamente à todas as situações do mundo jurídico.

No entanto, a coisa julgada deve sim ser tratada de maneira especial no Direito Tributário, pois, mesmo não havendo nenhuma nuance própria deste ramo do direito, existem muitas modificações de fato e direito nas relações jurídico-tributárias, portanto, sendo esta matéria mais suscitada no ramo tributário.

Verifica-se situação delicada, principalmente, nos casos de relações continuativas, “já que, em sua maioria, as obrigações tributárias demonstram-se periódicas” (OLIVEIRA, 2010, p. 45).

Ainda, entretanto, parte da doutrina pátria entendia, em posição já superada, que a coisa julgada tributária cria alguma diferença em relação à coisa julgada nos demais processos. Isso ocorre porque existe a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal:

STF Súmula nº 239 - Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 239.** Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores).

Entendia-se que esta Súmula trazia uma exceção aos limites objetivos da coisa julgada, ou seja, não haveria coisa julgada no processo tributário quando a decisão declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício. (PROFESSOR Eduardo Sabbag. *Pós-graduação em direito tributário*. Disponível em: <http://www.professorsabbag.com.br/index.php?local=Conteudo&menu=Menu_2&mid=320>).

Além disso, é importante delimitar os limites temporais da coisa julgada, pois na seara tributária mostram-se de grande valor. No entendimento de Grinover, estes acontecem de três formas: 1 – através de lei nova que venha a incidir sobre a situação jurídica decidida pela sentença que se tornou imutável (a qual interfere na coisa julgada); 2 – uma declaração de inconstitucionalidade de uma lei que foi considerada constitucional pela sentença transitada em julgado ou vice-versa e 3 – a superveniência de fatos novos aos analisados à época da sentença. (PROFESSOR



Eduardo Sabbag. *Pós-graduação em direito tributário*. Disponível em: http://www.professorsabbag.com.br/index.php?local=Conteudo&menu=Menu_2&mid=320). Portanto, “justamente pela riqueza e diversidade das situações jurídicas substanciais que o direito tributário nos traz, que o tema adquire especial relevo nessa área, merecendo, por isso, maior cuidado” (OLIVEIRA, 2010, p. 47).

Pois bem, em matéria tributária, a importância da coisa julgada reside em albergar o contribuinte de segurança quanto às decisões transitadas em julgado. Em outras palavras, “como uma garantia para o cidadão, para o sujeito passivo da obrigação tributária.” (ELALI; PEIXOTO *in* MARTINS et al., 2005, p. 25). Assim, “é a certeza, a segurança, a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas que tornam o princípio constitucional da coisa julgada, de maior relevância, em se tratando de Direito Tributário.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 66).

A importância, neste ramo do direito, é tamanha “eis que se encontra em jogo o patrimônio de milhares de contribuintes, os quais não podem ficar à mercê de mudanças de entendimentos do Supremo.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 66). No entanto, além do princípio da segurança jurídica, também está calcado na Constituição Federal o princípio da isonomia (FIGUEIREDO, 2000, p. 66).

É importante ressaltar que, a despeito de afrontar a este ou àquele princípio, “a decisão de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade é dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos”. (PONTES, *in* MARTINS et al., 2005, p. 195). Ou seja, pode vir a acontecer de uma norma ser declarada inconstitucional por decisão na esfera individual, em controle difuso, com trânsito em julgado, implicando no não recolhimento de algum tributo pelo contribuinte. Assim como, em sentido inverso.

Porém, o que vai acontecer se, posteriormente, sobrevier uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, em sentido contrário da decisão já albergada pela coisa julgada? Percebe-se ser esta uma das hipóteses de limite temporal da coisa julgada levantada por Grinover, como demonstrado anteriormente.

Aí o que ocorre é o choque de princípios constitucionais: isonomia x segurança jurídica. A segunda protegida pela coisa julgada individual e aquela, pela supremacia do texto constitucional (PONTES, *in* MARTINS et al., 2005, p. 204).



4 O CONFLITO: PRINCÍPIO DA ISONOMIA X PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Antes, de adentrar-se na discussão central do presente trabalho, é necessária pequena ressalva. Existem dois modos para a desconsideração da decisão transitada em julgado: a chamada relativização da coisa julgada, que ocorre quando a mesma atinge/modifica a decisão transitada em julgado que há época dos fatos era condizente com o ordenamento jurídico; e a coisa julgada inconstitucional, na qual se busca, por meio de Ação Rescisória, rescindir decisão transitada em julgado que está totalmente em desconformidade com o ordenamento jurídico contemporâneo aos fatos (TÔRRES *in* ROCHA, 2011, p. 106).

Assim, chega-se ao cerne da discussão, por um lado temos que o princípio da isonomia começou a ser utilizado como fundamento para se justificar o rompimento da coisa julgada material. No entanto, “ambos os princípios emergem das garantias básicas da ordem constitucional, não havendo, de forma alguma, hierarquia entre eles.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 66).

O princípio da isonomia, obviamente, constitui instituto base ao Estado de Democrático de Direito. Porém, não serve de respaldo para a desconstituição da coisa julgada. É por este motivo que o Código de Processo Civil prevê as hipóteses de rescindibilidade da coisa julgada através de um rol taxativo em seu artigo 485, que já teve alguns de seus incisos aqui expostos. Assim, necessita-se encontrar um equilíbrio, como por exemplo, o sugerido por Theodoro Júnior *apud* Figueiredo:

Apenas se a isonomia já estivesse em jogo e contra ela se estivesse formulado a sentença, é que a coisa julgada se revelaria rescindível. Caso contrário, quando a lide se limitou a definir a existência ou não de uma obrigação tributária apenas do demandante, a coisa julgada se formou sobre terreno totalmente estranho às indagações pertinentes ao princípio da isonomia, pelo que a rescisória, neste caso, consistiria em inovar a causa de pedir, estando em flagrante atrito com a segurança jurídica. (FIGUEIREDO, 2000, p. 67).

Por outro lado, tem-se o princípio da segurança jurídica. Percebe-se, através da história, que o homem sempre buscou segurança para viver tranquilamente a sua vida (FIGUEIREDO *in* MARTINS, 2005, p. 276-277). Portanto, denota-se que esta necessidade de segurança inerente ao ser humano é instintiva e natural. Com isso,



o Estado de Direito busca trazer uma segurança também ao processo judicial, o que é feito através do valor “segurança jurídica”, por este motivo verifica-se a importância de tal instituto.

Verifica-se, então, que a própria evolução do homem trouxe a necessidade de segurança para as relações jurídicas. Isto é, “em síntese, o que pretende proteger a coisa julgada é a decisão que já tenha tratado da matéria posta à análise, evitando-se decisões contrárias sobre um único objeto” (ELALI; PEIXOTO, *in* MARTINS et al., 2005, p. 18). Notadamente, “não há como duvidar que a coisa julgada material é manifestação do princípio da segurança jurídica.” (MARINONI, 2010, p. 84).

Veja-se o que diz o doutrinador Marinoni a respeito:

No sistema brasileiro de controle difuso, o juiz tem o dever de realizar interpretação para chegar a um juízo a respeito da constitucionalidade da norma. A decisão do juiz ordinário é tão legítima quanto a decisão do Supremo Tribunal Federal, já que tanto o juiz ordinário em caráter incidental quanto o Supremo Tribunal Federal por via incidental ou principal têm legitimidade constitucional para tratar da questão de constitucionalidade. Sublinhe-se que toda e qualquer decisão judicial goza do atributo da segurança jurídica. Ora, se o juiz e os tribunais têm o poder de realizar o controle da constitucionalidade, a admissão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade equivaleria a retirar as decisões judiciais do âmbito de proteção do princípio da segurança jurídica. O cidadão tem uma expectativa legítima na imutabilidade da decisão judicial, sendo absurdo supor que a confiança por ele depositada no ato de resolução judicial do litígio possa ser abalada pela retroatividade da decisão de inconstitucionalidade. Realmente, a admissão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade igualmente faria com que o princípio da proteção da confiança simplesmente deixasse de existir diante das decisões judiciais, que, assim como as leis, antes de tudo são atos de positividade do poder. (MARINONI, 2010, p. 84-85)

De qualquer maneira, há de se ressaltar que existe previsão legal que protege o princípio da supremacia da Constituição, pelo menos para o futuro (GROSS, 2010, p. 167):

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
I – se, tratando-se de relação continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II – nos demais casos prescritos em lei. (BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil)



Feitas essa explicação sobre o confronto de princípios constitucionais, veja-se, a seguir, os argumentos a favor e contra a desconstituição da coisa julgada, ora considerando-se a relativização da coisa julgada, ora tratando-se da coisa julgada inconstitucional, conforme diferença anteriormente ressaltada.

5 ARGUMENTOS DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DO TEMA

Como visto, no primeiro capítulo deste trabalho, existem algumas hipóteses de controle de constitucionalidade em confronto com o princípio da coisa julgada: 1 – declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado; 2 – declaração de inconstitucionalidade em controle difuso e 3 – declaração de constitucionalidade (OLIVEIRA, 2010, p. 52-53).

No entanto, para os fins propostos neste trabalho, apenas se irá pormenorizar a posição da doutrina no referente ao que ocorre no controle concentrado.

Oliveira sustenta que não parece apropriado permitir que a sociedade conviva com sentenças inconstitucionais sob o único argumento da necessidade de se respeitar a coisa julgada, “que pode ser relativizada como qualquer outro princípio legal ou constitucional” (OLIVEIRA, 2010, p. 51). Isso tudo em prol da supremacia jurídica da constituição (OLIVEIRA, 2010, p. 51). Neste mesmo sentido, existem posicionamentos de Theodoro Júnior e Zavascki (OLIVEIRA, 2010, p. 51); (ELALI; PEIXOTO *in* MARTINS, 2005, p. 23).

Contudo, este não é o entendimento majoritário, sendo que a maioria dos doutrinadores brasileiros reforça a importância da preservação do instituto da coisa julgada: Andrade Filho (*in* MARTINS, 2005, p. 105-106), Marinoni (*apud* ABBOUD, 2005, p. 61), Baptista (*apud* ABBOUD, 2005, p. 61), Tôrres (*in* ROCHA, 2011, p. 107), Gross (2010, p. 172), apenas para citar alguns dos mais relevantes.

Denota-se, a partir de tais posicionamentos, a solução para o conflito: respeitar-se sempre a coisa julgada individual, por ser princípio máximo do direito constitucional e processual brasileiro, no entanto, levando-se em contra os seus limites quando em confronto a outros princípios constitucionais.



Pode-se, por fim, seguir-se às considerações finais e conclusões dos confrontos propostos.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho gerou a pesquisa acerca da doutrina recente sobre o tema da relativização da coisa julgada e da coisa julgada inconstitucional.

Inicialmente, pormenorizou-se o controle de constitucionalidade, como um todo, verificando a importância do princípio da supremacia constitucional para o tema. Após, definiu-se a coisa julgada e demonstrou-se que, na verdade, não existe a chamada “coisa julgada tributária”, sendo que no processo tributário, a coisa julgada comum deve ser tratada de maneira especial, porém não tem teoria geral própria, como defendem alguns doutrinadores. Por último, verificou-se o conflito causado quando ocorre o antagonismo entre a decisão transitada em julgado no plano individual, e uma decisão declaratória de inconstitucionalidade posterior em controle concentrado, gerando efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

De início, o trabalho buscava entender quais eram os efeitos práticos da discussão perante o Direito Tributário. No entanto, pelo caminhar da pesquisa observou-se que não existe nuance própria a este ramo do direito, sendo, portanto, a coisa julgada instituto comum a todos os tipos de processos, independentemente da seara à que atendem. Teve-se sempre em vista resolver algumas questões, quais sejam:

- a) verificar se, ocorrendo o antagonismo entre decisões, deve prevalecer o instituto da coisa julgada ou a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal;
- b) identificar, na seara tributária, se o princípio da segurança jurídica deve sucumbir diante da relativização da coisa julgada;
- c) resolver o conflito entre os princípios constitucionais: segurança jurídica x isonomia.

Para a primeira questão, verifica-se que o instituto da coisa julgada deve prevalecer, pois ele dá suporte para todo o direito que emana do Estado e relativizá-lo colocaria em risco a confiança da sociedade na efetividade do processo judicial.



A segunda questão já foi parcialmente respondida. Primeiro: não existe nada no Direito Tributário que permita a existência de uma coisa julgada mais imperiosa que a dos demais tipos de processos, sendo igual em todos os campos do direito. Em segundo lugar, o princípio da coisa julgada não deve sucumbir diante de nenhum outro princípio constitucional, quando colocados em conflito, sendo necessário, apenas, respeitar os limites impostos por estes, mas nunca ser relativizado perante os mesmos.

Por último, percebeu-se que um conflito entre princípios nunca é resolvido plenamente. No entanto, a segurança jurídica deve ser sempre preservada ao máximo, cabendo aos tribunais brasileiros terem a “sensibilidade para distinguir as hipóteses em que a eficácia *ex tunc* se impõe como essencial à observância destes princípios daquelas hipóteses em que seus efeitos somente operam para o futuro.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 92).

Em suma, conclui-se, portanto, que a coisa julgada é sim imutável. Do mesmo modo, os princípios da isonomia e da supremacia constitucional possuem grande valia ao direito brasileiro. Porém, o processo judicial, como um todo, independente do ramo do direito ou do direito material que trate, baseia-se na confiança dos particulares que veio sendo construída ao longo da história da humanidade. Assim, desrespeitar o instituto da coisa julgada e, em consequência, também o da segurança jurídica significa afrontar o próprio conceito do Estado Democrático de Direito. Pior, acarreta a grave evidência de que o Estado, ao conceder um direito ao cidadão por um lado, está o tolhendo pelo outro. Contudo, isso não se pode admitir, porque é direito de todo e qualquer cidadão um processo judicial justo e confiável.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Da (im)possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 6, n. 23, set. 2005.
- ACADEMIA Brasileira de Direito Processual. **Imortais da Academia**: Enrico Túlio Liebman. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>>. Acesso em 7 ago. 2012.



AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Dos limites subjetivos da eficácia da coisa julgada.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18883/dos-limites-subjetivos-da-eficacia-da-coisa-julgada>>. Acesso em: 6 ago. 2012.

ANCHIETA, Taísa Maria Viana. **Controle legislativo de constitucionalidade de proposições:** recurso contra pareceres da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/583/controlado_legislativo_anchieta.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 out. 2012.

AVELAR, Matheus Rocha. **Controle de constitucionalidade resumido.** São Paulo: All Print, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *In:* MARTINS, Gandra **Coisa julgada inconstitucional.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro. **Controle de constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GROSS, Marco Eugênio. A posterior declaração de (in)constitucionalidade contrária ao conteúdo de decisões já passadas em julgado em matéria tributária: um conflito entre a segurança jurídica e a supremacia da constituição. **Revista de Processo,** Brasília, SP, v. 35, n. 185, jul. 2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico.** 11. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCOU, Jean. *Apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Granda da Silva et al. **Coisa julgada tributária.** São Paulo: MP Editora, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme Botelho de. Coisa julgada (sentença) inconstitucional em matéria tributária. **Juris Plenum,** Caxias do Sul, RS, v. 6, n. 31, jan. 2010.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade.** São Paulo: Dialética, 2005.

PROFESSOR Eduardo Sabbag. **Pós-graduação em direito tributário.** Disponível em: <http://www.professorsabbag.com.br/index.php?local=Conteudo&menu=Menu_2&mid=320>. Acesso em: 30 out. 2012.



ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais do direito tributário**, vol. 14. São Paulo: Dialética, 2011.

ROSA, Michele Franco. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19084>>. Acesso em: 20 maio 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Leonardo Fernandes de. **Breve histórico da coisa julgada**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3178>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

TÔRRES, Heleno Taveira. Segurança jurídica judicial em matéria tributária e consequencialismo. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera os dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Publicado no Diário Oficial da União, de 9 de setembro de 1942.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União, de 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Publicado no Diário Oficial da União, de 11 de novembro de 1999.

BRASIL. **Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Publicado no Diário Oficial da União, de 6 de dezembro de 1999.



JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA¹

JUDICIAL POLITICS AND DEMOCRACY

Vanessa Porto Alves²

Resumo

A democracia vem passando por progressos na história. Os direitos que foram alcançados a partir do Magno documento Constitucional, agora precisam ser postos em prática pelas diversas esferas do governo, com respeito ao princípio democrático, que vai muito além de um único conceito. A judicialização da política não deve ser vista como um risco à democracia e à separação de poderes, mas sim como aliada na concretização dos preceitos constitucionais, assegurando aos brasileiros maior efetividade de seus direitos. A separação de poderes em nada interfere na atuação do judiciário em questões de cunho político, visto que não pode existir uma concorrência por poder, e sim uma mútua fiscalização entre eles, uma divisão de trabalho, que poderá ser revisada caso haja abuso de poder, contradição com o texto constitucional e grave violação de direito.

Palavras-chave: Democracia; Constituição; Direitos; Judicialização; Separação de poderes.

Abstract

Democracy has undergone great progress in history. Rights achieved through the Constitution now need to be practiced by all governmental spheres, respecting the democratic principle, that goes beyond a mere concept. The judicializing of politics must not be seen as a danger to democracy or to the separation of powers, but as an ally in the concretion of constitutional precepts, assuring the Brazilians people greater effectiveness of theirs rights. The separation of powers in no way interferes with the judiciaries involvement in political questions, as no competition for power may exist, but rather a mutual supervision between all powers, a division of labor, that may be reviewed in case of power abuse, contradiction to Constitutional Law and grave rights violation.

Keywords: Democracy; Constitutional law; Rights; Judicialização; Separation of powers.

¹ Trabalho submetido em 01/06/2013, pareceres finalizados em 10/07/2013 e 15/07/2013, aprovação comunicada em 01/08/2013.

² Advogada inscrita na OABPR sob n. 64.661. Formada em direito pela PUCPR, especialista em direito público pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Atuante nas áreas de direito penal, direito constitucional e direito de família. Email: <porvanessa@gmail.com>.



INTRODUÇÃO

Os preceitos da Constituição Federal de 1988 estão intimamente ligados ao advento da democracia no nosso Estado.

Com a instauração do paradigma do Estado Social de Direito (CARVALHO, 2013), que ocorreu no final da Segunda Guerra Mundial, muitos países ocidentais optaram por restringir o espaço da política majoritária, ou seja, aquela feita no âmbito das funções Executiva e Legislativa do Estado, que tem como principal objeto o voto popular, e ampliar o da justiça constitucional, tão viva no mundo contemporâneo.

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, vem desempenhando um papel na vida institucional brasileira de forma muito ativa e centralizadora no que concerne à tomada de decisões sobre questões de grande repercussão. Este fato tem gerado parabenizações e críticas de vários setores da sociedade, o que faz surgir, por certo, a necessidade de uma reflexão cuidadosa ao se abordar o tema.

De acordo com o que será tratado, a judicialização da política decorre principalmente da necessidade de pronúncia por parte dos tribunais devido a falhas no funcionamento do legislativo e do executivo, ou seja, quando estes se mostram insuficientes ou insatisfatórios. A partir daí, há uma aproximação entre o direito e a política, fazendo com que em determinadas situações fique difícil distinguir o que é um **direito** e o que é um **interesse político**.

Barroso (2013) destaca que esse fenômeno não é exclusivo do nosso país, uma vez que em variados momentos da história, em diversificadas partes do mundo, Cortes Constitucionais atuaram em questões de grande alcance político, no tocante a políticas públicas e fenômenos morais que advertem a sociedade.

É fato que atualmente se verifica uma tendente valorização da força jurisprudencial do Direito em nosso país.

Entretanto, para uma visualização adequada do fenômeno da judicialização, é necessário o entendimento de que as características do nosso Estado Democrático de Direito, principalmente a democracia, são plenamente compatíveis com essa atuação mais imponente do Judiciário. Compreender que os principais elementos da democracia, como o direito ao voto nas eleições, e os princípios da



separação de poderes e supremacia da constituição, dentre outros que serão abordados no presente trabalho, não são contraditos pela judicialização da política, mas sim reafirmados.

Nesse contexto, Barroso (2013) defende que embora magistrados e tribunais não tenham sido eleitos diretamente pelos cidadãos, desempenham, sem dúvidas, um poder político capaz, inclusive, de invalidar atos dos poderes Executivo e Legislativo. Isto porque a democracia não pode ser resumida em princípio majoritário, indo muito além disso, na proteção da participação do cidadão e dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido ensina Picardi (2008), ao dizer que existe uma convicção difundida de que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social é também pertencente ao juiz.

Ainda, é imprescindível se fazer ante o estudo da judicialização uma análise da Constituição Federal, seus princípios e anseios, uma vez que em nosso país constituição e democracia devem caminhar juntas.

A Constituição, como será analisado, limita os poderes e vigia o jogo democrático, enquanto a democracia vem trazer o significado de soberania popular, um governo do povo (BARROSO, 2013).

A afirmação acima, apesar de aceita por muitos, consiste em ser a razão da maioria das críticas referentes à judicialização que tendem a atacar no sentido de apontar que não há uma absoluta supremacia da constituição no estado, e que impor a lei de um tribunal apenas pelo fato de ser obrigatório seguir a Constituição tende a enfraquecer a democracia. São posicionamentos daqueles que são contrários à judicialização da política.

Tal discussão leva ao tema da separação de poderes, e do sistema de *Checks and Balances*, que revalida a condição da Corte Constitucional não como usurpador de funções, mas sim como uma fonte de controle contra abusos políticos (SILVA, 2013).

O discernimento adequado sobre o sentido da Constituição e sua influência no Estado Democrático de Direito é de extrema importância para se vislumbrar tanto



os argumentos favoráveis como os argumentos contrários à judicialização da política.

Com a análise dos supracitados temas, ou seja, democracia e sentido de constituição, ficará mais fácil de visualizar o porque da legitimidade e da eficácia do controle de constitucionalidade feito pela Corte Constitucional, que se acaba, muitas vezes, servindo de mais um meio de se **judicializar** o que para muitos só poderia ser assunto tratado pelo legislativo ou executivo.

Vianna, Burgos e Salles (2013) citam a ADIN (atual ADI) como instrumento de defesa das minorias, sendo, para tais autores, um recurso institucional estratégico de governo que acaba por, na prática, instituir o Supremo Tribunal Federal como um conselho do Estado. As decisões do Supremo garantem a homogeneidade da produção normativa estadual, fazendo prevalecer os princípios e regras de nossa Constituição.

Com a análise conjunta de democracia, separação de poderes e supremacia da Constituição, busca-se levar ao entendimento de que a judicialização da política, num Estado Democrático de Direito, pode sim, ser legítima e benéfica.

1 A POSSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM HARMONIA COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Com o fim do regime militar muitos avanços no processo democrático do Brasil foram realizados. Dentre eles podemos citar a regularidade de eleições diretas, o funcionamento do Poder Legislativo e a alternância de poder.

Após um período onde a voz do povo foi tão incisivamente calada, chegou a oportunidade esperada que interessa indubitavelmente à democracia, na direção do incentivo e do debate sobre as políticas públicas com a sociedade brasileira, fortificando e facilitando o acesso aos mecanismos de controle social (CARDOSO, 1985, p. 49).

A redemocratização do país foi uma das primeiras grandes causas da judicialização, e teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. O Judiciário, de tempos para cá, deixou de ser um mero departamento técnico-especializado e tornou-se um verídico poder político, com capacidade para



defender a aplicação da Constituição e das leis, inclusive **confrontando** com outros poderes (BARROSO, 2013).

Assim, almejou-se o início de uma nova era na vida sociopolítica nacional, conquistada com grande honra por um povo que lutou pelo término de um governo imposto, pela vida regida sob a insegurança e pela ameaça a todas as liberdades (CARDOSO, 1985, p. 50).

Em meio a tantos progressos, entretanto, a crise do *Welfare State* que afligia outros países na década de 70 chegou até nós, fazendo emergir o neoliberalismo, desregulamentando o mercado e querendo fazer da economia uma dimensão autônoma (SALLES; BURGOS; VIANNA, 2013). Isso gerou uma desarmonia entre as expectativas de uma democracia e de um Direito Constitucional, ficando desacreditados os partidos políticos e suas ideologias. Sem esperança no executivo e no legislativo, a petição por direitos desaguou no Judiciário, que, conforme Garapom, tornou-se o muro das lamentações do mundo moderno (SALLES; BURGOS; VIANNA, 2013).

Conforme lembrado por Cardoso (1985), ainda que diversas contrariedades políticas e disputas partidárias continuassem existindo, tudo isso em meio a tantos escândalos que envolviam representantes populares em crimes de corrupção, a Constituição de 1988 trouxe para o país novos ideais e princípios que devemos alcançar em nossa federação.

Um retrocesso a regimes ditatoriais, ausência de direitos fundamentais e proteções individuais tornaram-se mais distantes com o nascimento do Magno documento de 1988.

A nossa Constituição Federal chegou para colocar em prática os ideais há tanto tempo almejados, e, para que isso seja atendido, o dia a dia dos brasileiros precisa ser envolvido em um aprofundamento na participação democrática, somado ao desenvolvimento da consciência política e dos valores democráticos.

Para que se chegue mais próximo de se conquistar a confiança da população nesse novo regime pós-ditatorial, é imprescindível a transparência por parte da administração pública. Isto se desmembra em um princípio já reconhecido em nosso estado, pela qual os cidadãos tenham garantido o acesso a informações



sobre a execução orçamentária dos governos, assim como a disponibilização de dados que permitam o acompanhamento da execução dos contratos e processos decisórios, inclusive dos conselhos de governo e agências reguladoras (CARDOSO, 1985, p. 50).

As bases éticas e jurídico-normativas do constitucionalismo democrático são discutidas por Cittadino (MACIEL, 2013), trazendo que ao contrário do constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, a garantia limitada dos direitos civis e políticos e a clara separação de poderes, o constitucionalismo democrático prioriza valores como o da dignidade da pessoa humana e solidariedade social, ampliação da proteção dos direitos e nova concepção sobre relação entre os poderes do estado. O judiciário, nesse contexto, teria um espaço para interpretações de valor compartilhados pela sociedade e sua efetivação.

É uma vertente que defende uma democracia de maior alcance, não se limitando nos conceitos antigos e restritivos de participação nas escolhas. Parece adequada às necessidades atuais e mais compatível com o almejado pela Constituição de 1988.

Analisando, agora, aspectos históricos, situamo-nos que foram os atenienses que estabeleceram o paradigma da democracia para a antiguidade. Desenvolveram o que já se poderia chamar de uma democracia direta, que ainda no século XVIII viria oferecer a Rousseau o ideal de governo (FERREIRA FILHO, 1979, p. 30).

Ocorre que, na prática, esta democracia ateniense excluiu do povo os escravos, os metecos – descendentes de estrangeiros nascidos e radicados em Atenas – e todas as mulheres. O que sobrava com isso eram 20 mil habitantes se reunindo democraticamente e sendo considerados cidadãos para todos os efeitos, em meio a uma população real de aproximadamente 200 mil habitantes (FERREIRA FILHO, 1979, p. 30).

Observa-se, portanto, que desde os primórdios a democracia sempre foi exercida de maneira falha, ou até mesmo usada em prol de interesses particulares.



A atual Constituição Federal brasileira traz o assunto da capacidade eleitoral de votar no parágrafo primeiro do artigo 14, conforme:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

- a) os analfabetos;**
- b) os maiores de setenta anos;**
- c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. (grifo nosso)**

No Brasil, apenas estão expressamente impedidos de votar os estrangeiros, e os conscritos durante o período de serviço militar obrigatório. É o que dispõe o parágrafo 2º do artigo 14 da Constituição Federal.

O voto dos analfabetos, maiores de 70 anos, e jovens maiores de 16 e menores de dezoito anos fica a critério do próprio indivíduo, que escolherá exercer ou não seu direito.

Ocorre que desde o início da elaboração da teoria democrática até os dias atuais, o princípio democrático nunca se vislumbrou realizado em sua totalidade na história. Em algum ponto, sempre houve certa relativização. Isto é, jamais todos participaram do processo político. Há as exceções implícitas, como os estrangeiros e os menores, que seriam incapacitados por razões óbvias, mas existem ainda muitas classes de pessoas, em países estrangeiros na atualidade e no passado até mesmo o Brasil, que teriam condições de participar das decisões que jamais foram integrados no processo decisório democrático (FERREIRA FILHO, 1979, p. 30).

Para Waldron (2005, p. 337), um dos ideais da democracia consistem na seguinte ideia:

La democracia requiere que cuando hay desacuerdos en una sociedad en una materia sobre la que se necesita tomar una decisión común, todo hombre e mujer de la sociedad tiene el derecho de participar en términos de igualdad en la resolución de dichos desacuerdos.



Essa seria a noção ideal de democracia: todos participando em igualdade, chegando juntos à resolução das crises. Mas, como anteriormente citado, isso nunca se realizou em nossa história, uma vez que nossa prática de democracia ainda está arraigada em conceitos vagos e descompromissados.

Isso aclara a concepção de que os procedimentos democráticos, se não forem bem definidos e defendidos pelos poderes do Estado, em um sistema de equilíbrio de poderes no qual um cuida do outro, determinada minoria irá continuar a usar a **bandeira democrática** em seu único e próprio benefício, destruindo o ideal trazido pela Constituição.

A Constituição Federal brasileira vem defender o real estabelecimento e efetivação do pacto federativo, um dos principais aspectos de um país que adota o modelo democrático, de modo que se faça o desenvolvimento econômico de todos os estados, priorizando regiões menos favorecidas. Metas essas indispensáveis para que a igualdade democrática seja por fim posta em prática, uma vez que democracia significa muito mais que o direito de participação na política e nas decisões políticas e sociais do país (CARDOSO, 1985, p. 31).

A teoria democrática foi toda embasada sobre pressupostos que encontram grandes dificuldades de se realizarem no mundo contemporâneo. Por este motivo, há tempos se discute um modo eficaz de se promover a democracia. Ainda citando Cardoso, este plano é bastante árido e abstrato (CARDOSO, 1985, p. 31).

A democracia, se analisada pelo ponto de vista filosófico, seria a expressão dos valores **liberdade e igualdade**.

De acordo com Ferreira Filho (1979, p. 30), a atribuição de poder é um forte princípio democrático do qual todo povo deve participar do governo, em uma constante identificação entre governantes e governados. Portanto, o povo se identificava com essa participação pela eleição de seus políticos.

Os embasamentos políticos mencionados por Cardoso (1985, p. 31) remontam aos teóricos do século XVII, que tratavam a democracia basicamente como uma relação entre o indivíduo e o Estado, e de que maneira o indivíduo se protegia do estado.



A existência do **indivíduo** era posta em destaque pelo pensamento democrático clássico, ou seja, queria enfatizar a ideia de que primeiro a pessoa existe sociologicamente, com seus padrões humanos inatos, e só depois existe como um ser social, vivendo em sociedade, e buscando se defender de outros seres sociais coletivos, entre os quais o próprio Estado (CARDOSO, 1985, p. 31).

A grande ligação entre **indivíduo** e **propriedade** foi o que levou a aceitação da existência de um estado. Isto porque a figura estatal teria por missão principal o seu controle de guerra, de todos contra um. Esta força (estado), quando legitimada, é justificável e aceita, não como coação, mas sim como autoridade, pois também age na defesa do proprietário (CARDOSO, 1985, p. 31).

Nos séculos XVII e XVIII o foco de uma democracia não era a questão que hoje se dá tanta relevância, ou seja, o poder participativo decisório, no qual o cidadão tem direito de participar do governo pela escolha de representantes. Também não se atentava com tanta determinação aos limites do poder do Estado (CARDOSO, 1985, p. 52).

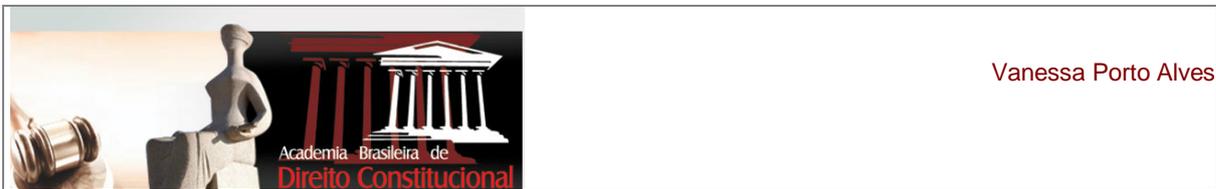
A ênfase ficava em torno da questão da propriedade, a importância da representação tinha conotação diversa do que deveria ser pela atual concepção de democracia.

Hoje a concepção de democracia mudou.

Ensina Moreira (1995, p.178) que:

a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democrático. A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição de Estado de direito democrático.

Por sua vez, ainda se celebra hoje que para uma democracia ser devidamente constituída, a expressão **o poder emana do povo e em seu nome será exercido** deve ser levada à risca (FERREIRA FILHO, 1979, p. 31). E nossa Constituição não deixa nenhuma dúvida a respeito, tratando explicitamente em seu artigo 1º, parágrafo único que:



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

Extraí-se do artigo 1ª da Constituição Federal do Brasil os fundamentos de uma República Federativa constituída em Estado Democrático de Direito, do que pode-se dizer ser bem aparados sobre os princípios gerais da democracia.

O parágrafo único desse mesmo artigo traz uma característica importante da nossa conquista pela democracia: *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (...)*.

Porém, deve-se frisar que essa é apenas uma das várias características que descansam sobre o princípio democrático, e com o passar dos anos e o nascimento de novas necessidades da sociedade, outras interpretações vão surgindo do conceito de democracia.

Mesmo que se dê credibilidade às novas noções de democracia, a afirmação de que a judicialização da política enfraquece a democracia é um dos pontos mais debatidos por quem critica este fenômeno. Justifica-se no sentido de que a judicialização usurparia o poder emanado do povo por não ser o Poder Judiciário composto por representantes eleitos.

Bachof (1987, p. 58-59) ressalta, no entanto, que é falso concluir ser o Tribunal Constitucional antidemocrático. Não se pode considerar um juiz menos órgão do povo que os demais órgãos do Estado. O juiz faz seu trabalho administrando a justiça em nome do povo.

Isso tudo ganha grande destaque porque, sob um viés constitucional, a democracia liberal pode ser resumida em três conjuntos de instituições, os quais serão analisados.



2 PRINCIPAIS ELEMENTOS DA DEMOCRACIA E SEUS CONTRASTES COM A JUDICIALIZAÇÃO

2.1 O sistema de eleições

Começamos pelo sistema de eleições para preenchimento de cargos do governo, que parece ser considerado o mais consagrado entre todos.

É principalmente nesse momento em que se dá a participação do povo no governo, quando são escolhidos por meio de voto os representantes para exercício do poder (FERREIRA FILHO, 1979, p. 36).

Certo é que a democracia liberal evoluiu do sufrágio restrito para o sufrágio universal. No entanto, sempre teve e ainda tem como fundamental a sagrada eleição (FERREIRA FILHO, 1979, p. 37).

A eleição é vista por muitos como principal característica de um país democrático, o que levaria a argumentos limitados de que o Supremo Tribunal Federal não poderia exercer decisões em nome do povo, já que não eleito diretamente por eles. Por isso, dentre outros fatores, que a judicialização da política é tratada por muitos como um risco ao princípio democrático, e careceria de legitimidade.

No entanto, para Vilallón (1995, p. 86-87), a legitimidade dos Tribunais Constitucionais é a legitimidade da própria Constituição, sendo também a legitimidade da justiça constitucional a legitimidade da minoria frente a maioria, expressões estas da vontade geral, da vontade popular. Isto porque no meio social existem grupos determinados de pessoas – minoria – que lutam por certos direitos que lhes são indubitavelmente devidos, mas que não são interesses da grande maioria popular. Daí a necessidade de se frisar que democracia nem sempre deve ser vista como a expressão e vontade da maioria, e sim como a democracia que ouve a todos, sem distinção.

Observa-se, então, que assim como há o posicionamento de que a eleição é primordial à democracia, o que deslegitimaria o Judiciário para apreciar certas questões de cunho político, existe, do mesmo modo, quem defenda a total



legitimidade e importância da Corte Constitucional na efetividade da expressão das minorias, muitas vezes esquecidas ou desprezadas no Legislativo.

2.2 A separação de poderes

O que vem em seguida ostentando não menor importância na base democrática é a separação de poderes, instrumento fundamental para a limitação do poder do Estado.

Para Bachof (1987, p. 58), o sentido da divisão de poderes é impedir que exista concentração de poderes, o que poderia levar a abusos.

Nossa Constituição traz em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, que a separação de poderes não poderá ser objeto em emendas constitucionais que intentem aboli-la, pois se insere no rol de cláusulas pétreas.

Kelsen (1929, p. 152) traz uma explicação sobre a separação de poderes, na qual diz:

[...] o verdadeiro sentido desse princípio, função do equilíbrio constitucional. Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão “divisão dos poderes” traduz melhor que a de separação, isto é, a ideia de repartição de poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. [...]

Para Kelsen, então, o que ocorre é uma divisão de poderes, e não uma separação resultando na ideia de isolamento de cada esfera de poder. Deve existir uma harmonia em uma **divisão de tarefas**.

Não faria sentido, portanto, defender a ideia de que a judicialização da política que temos visto ultimamente no Supremo Tribunal Federal ofenderia o princípio da separação de poderes.

Isto porque o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são três poderes que partilham o exercício do poder estatal. O objetivo mais visado na realização da separação de poderes repousa na preocupação de integrar num equilíbrio as diferentes forças sociais, devidamente ponderadas. Essas forças, quando em



equilíbrio, erguem o almejado princípio de freios e contrapesos, e é deste que se espera a garantia de liberdade, na segurança de que um cidadão não precisa temer outro cidadão por estar investido no poder, já que a fiscalização impediria dos variados tipos de excessos (FERREIRA FILHO, 1979, p. 38).

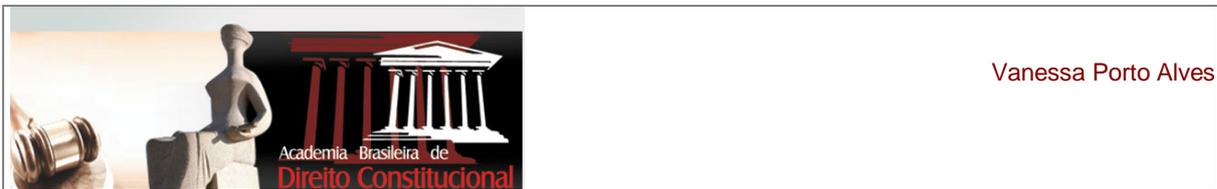
Nesse sentido está Vieira de Andrade (1995, p. 77), confirmando que mesmo quando a sentença do tribunal constitucional julga ou conclui pela inconstitucionalidade de uma norma legal, confirmando ou não a decisão do juiz a quo, o tribunal não está colocando em dúvida a função legislativa, e sim a aplicação da norma no caso concreto, sendo que muitas vezes o que é censurado é a interpretação que o juiz faz da norma, interpretação esta que pode até não corresponder totalmente à intenção do legislador, ou seja, na verdade, a questão seria que, em vários casos, o tribunal discordaria mais da sentença do que da própria norma.

Dessa forma e de outras estaria o tribunal atuando no controle do abuso de poderes, o que é compatível com um dos elementos democráticos denominado princípio da separação de poderes, num sistema de *Checks and Balances* – freios e contrapesos (SILVA, 2013).

Ribeiro Junior (2013) explica que, “o art. 61, § 1º, da Constituição é uma norma típica do sistema de freios e contrapesos, e como tal, visa atenuar ou elidir possíveis interferências de outros poderes em assuntos que, a priori, a Constituição deixou a cargo de um poder ou de uma autoridade”.

Ou seja, a Constituição estabelece que para determinadas matérias somente uma certa autoridade terá competência e legitimidade para propor projetos de lei ou emendas constitucionais. Isso, de certa forma, dá grande poder de atuação a tal autoridade, o que pede um meio de se poder interferir no processo em caso de necessidade.

Vistos assim, a limitação de poderes imposta ao parlamento e ao governo pelo controle judicial deve ser vista como uma correção necessária, como uma humilde intenção de se restabelecer o equilíbrio frente ao aumento de poder que o legislativo e o executivo têm experimentado nas últimas décadas, a causa do crescimento de suas funções e o desaparecimento de antigos fatores de sujeição (BACHOF, 1987, p. 58).



Logo, é falso concluir que o Tribunal Constitucional tenha se transformado no verdadeiro soberano da República Federal. Isto porque ele só pode atuar repressivamente, carecendo de qualquer iniciativa própria para a configuração política, só podendo atuar a pedido de outro órgão estatal (BACHOF, 1987, p. 59).

O controle pelos Tribunais não diminui o poder do legislativo e do executivo, e sim fortalece a autoridade dos poderes controlados (BACHOF, 1987, p. 59), sendo a judicialização fator positivo na defesa da constituição e do interesse do povo.

2.3 A supremacia da Constituição a favor da judicialização

A supremacia da Constituição é outro elemento a ser observado na ordem democrática.

Por trazer condensada em si a ordem jurídica fundamental e os princípios que regem o determinado estado, faz-se também a fonte do limite de todos os poderes. Ela dita a competência dos três poderes, que, para serem válidos, devem ater-se ao domínio que a constituição lhes defere, seguir os princípios que indica e a forma que prescreve (FERREIRA FILHO, 1979, p. 38).

Já para Schmitt (1931, p. 53), *“Una ley no puede ser protectora de otra ley. La ley más débil no puede, naturalmente proteger o garantizar a otra que sea más sólida”*. Ou seja, Schmitt entende que a Constituição não poderia ostentar superioridade perante as outras leis capaz de decidir sobre a validade ou invalidade das mesmas. Esta posição não ganha muito espaço em nosso ordenamento pátrio.

Na realidade brasileira, a Constituição se apresenta como parâmetro, limite e modelo a todo o restante do ordenamento jurídico, buscando dessa forma proteger a concretização das garantias e dos direitos fundamentais nela contidos.

Eis aí a importância de um órgão que possa exercer juridicamente essa subsunção, como é o caso do nosso Supremo Tribunal Federal. Na ausência de uma Corte Constitucional como um quarto poder autônomo, o próprio Supremo Tribunal Federal cumpre o fundamental papel de guardião da Constituição e seus preceitos, organizados para impedir o abalo nos direitos fundamentais conquistados.



2.4 Igualdade jurídica

Por fim, o princípio da igualdade jurídica, a combater o arbítrio do próprio Legislador. Vem para impor que a lei seja igual e não consinta em discriminações (FERREIRA FILHO, 1979, p. 39).

Afasta a antiga ideia do poder para poucos, usado egoisticamente em interesses singulares.

A igualdade jurídica tem fundamento Constitucional, e deve ser resguardada por todo o judiciário em situações em que seja colocada em risco.

3 DEMOCRACIA NA ATUALIDADE

Conforme aduz Luiz Roberto Barroso (2007, p. 44), nas últimas duas décadas do século XX aparece a democracia deliberativa. Esta vem como alternativa às teorias da democracia então predominante que se resumiam a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governante. Em suma

para a democracia deliberativa, o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. Muito além disso, a democracia deve envolver a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas, numa troca de argumentos que viria a racionalizar e legitimar a gestão da *res publica*. (BARROSO, 2007, p. 43).

A Teoria Deliberativa consiste em uma corrente dentro da Teoria Democrática que vem para preencher lacunas deixadas pelas demais, dentre elas a Teoria Liberal Pluralista, o Republicanismo Cívico, a Democracia Participativa e o Multiculturalismo (COSTA, 2013).

Para que isso se realize, a deliberação deve se dar em um contexto livre, aberto e igualitário. Todos devem ter iguais possibilidades e capacidade para influenciar e persuadir.



É o Estado de Direito que institucionaliza os pressupostos de uma deliberação justa e eficiente, já que a existência desse **Estado de Direito** é requisito ou pressuposto da democracia (BARROSO, 2007, p. 44).

Entrando no campo da discussão sobre a judicialização, Barroso (2007, p. 45) defende que a democracia não é afetada pelas Cortes Constitucionais: “Não há democracia sem respeito aos direitos fundamentais. Quando as cortes constitucionais os garantem contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização”.

É o caso já comentado das minorias.

Mais uma vez, parece que o trabalho que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo nos últimos anos está de acordo com o que a Constituição Federal espera. Não age como um intruso ou considerando-se superior aos demais poderes instituídos, mas sim como maior conhecedor técnico dos aspectos jurídicos, necessários para que se proceda com seriedade um controle de constitucionalidade ou mera defesa da Constituição.

4 O SENTIDO DE CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo uma acepção ampla, Constituição seria a organização inteira, toda a organização do ser. Já estritamente falando, constituição seria a base ou parte essencial desta organização (ALEXANDRINO, 2011, p. 788).

Para o Direito Constitucional, a Constituição deve ser entendida como Lei Fundamental e suprema de um Estado, que tem por condão reger sua organização político-jurídica.

Como o Direito Constitucional não se desenvolve isolado de outras ciências sociais, muitas são as formas de se definir Constituição.

Para a sociologia, a Constituição poderia ser vista como uma junção de fatores reais de poderes que regem uma nação (ALEXANDRINO, 2011, p. 788).



Schmitt (1931) concebe a Constituição no sentido político, pois para ele Constituição é fruto da **decisão política fundamental** tomada em certo momento, ou seja, a expressão do poder em determinado momento histórico.

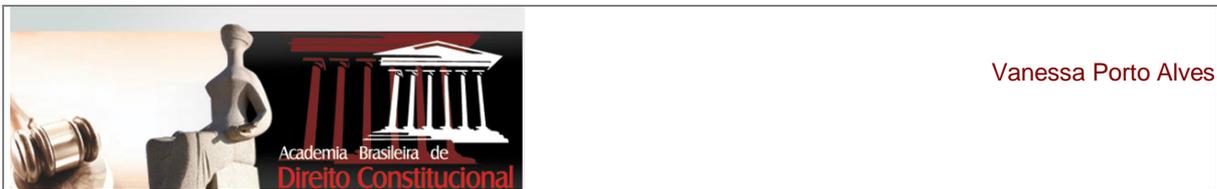
Já o sentido jurídico repousa na teoria pura do direito de Kelsen, que defende uma pureza metodológica, embasada no direito como ciência, afastando qualquer elemento que não seja jurídico. Para Kelsen a Constituição deve se ater ao mundo jurídico, interpretando o direito (KELSEN, 1984, p. 18).

Na obra *Teoria da Constituição*, Schmitt define Constituição em sentido positivo como decisão em conjunto sobre o modo e a forma da unidade política, a qual surge mediante um ato do Poder Constituinte, que se faz valer em virtude da vontade política que o mesmo lhe dá (KELSEN, 1931, p. XXXI). A Constituição seria, segundo Schmitt, a vontade dos governantes da época. O Poder Constituinte elaboraria a constituição com base unicamente na vontade do poder predominante.

Bolingbroke (*apud* FERREIRA FILHO, 2007, p. 77), ainda que em 1733, no trabalho *A dissertation upon parties*, foi o primeiro a utilizar o termo “Constituição” no sentido de estatuto jurídico superior do Estado. Para este autor, o conceito de Constituição se reflete em um complexo de leis, instituições e costumes, advindos de alguns princípios fixos e racionais, voltados a fins de bem público e que constitui o sistema geral de acordo com o qual a comunidade aceitou a ser governada (MC ILWAIN *in* FERREIRA FILHO, 2007, p. 77).

O consagrado Montesquieu (*apud* FERREIRA FILHO, 2007, p. 78) aponta no mesmo sentido de Bolingbroke. Ensina que existe uma estreita relação entre Constituição, poder e liberdade, o que pode ser exemplificado pela constituição inglesa, que reparte o exercício do poder estatal, colocando cada uma das funções essenciais do estado sob execução de um poder independente.

Consoante a isso está a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que traz idêntica posição em seu artigo 16. Nele coloca-se que “toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos poderes não tem constituição”.



Ambos os autores (Bolingbroke e Montesquieu) apresentaram um conceito de Constituição bem afrente do que era realidade em seu tempo, altamente inserido nos ideais da Revolução Francesa, e que se faz atual nos dias de hoje.

Retomando Kelsen (1984, p. 130), este sugere que é necessário ter uma noção clara do que é Constituição para que se resolva adequadamente as garantias e os modos de garantia da Constituição frente a regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados.

Portanto, uma vez compreendido o porquê da Constituição ser a base de todo o ordenamento jurídico, respeitando-se a expressão de sua supremacia, aceitaria-se a lógica de tê-la como a **norma das normas**.

Já Schmitt (KELSEN, 1931, p. 33) não aceitava que a Constituição pudesse ser definida como **norma das normas**, e atacava a teoria Normativa do Estado de Kelsen, trazendo polêmicas envolvendo a democracia e o federalismo. Polêmicas essas muito presentes hoje ao se debater a judicialização da política e seu entrave com a democracia.

Desde então, por todas as transformações que passou, a ideia de Constituição preservou-se na de um princípio supremo, que guia toda a ordem estatal e a essência da comunidade que por ela é guiada. A Constituição é sempre o fundamento do estado (KELSEN, 1984, p. 131).

Por Tavares (*in* FERREIRA FILHO, 2007, p. 78) “a matéria da constituição é política, sendo a mesma com o princípio de reger o poder. No entanto, sua forma é jurídica. É a lei suprema.”

E como lei suprema, é o fundamento basilar para todas as demais normas jurídicas que regem a coletividade (KELSEN, 1984, p. 131).

A concepção difundida pelo constitucionalismo, ou seja, a concepção liberal de Constituição, garante ser esta a parte essencial de uma determinada organização estatal, na direção de garantir a liberdade por meio de um estatuto do poder, isso é, por meio de uma organização jurídica que além de estruturar também limite o poder no estado.. É a constituição que garante a liberdade. A Constituição-garantia (FERREIRA FILHO, 2007, p. 77).



Segundo Tavares (*in* FERREIRA FILHO, 2007, p. 79), “ela presume direitos naturais do ser humano, direitos anteriores ao estado, superiores ao poder, pois o estado e poder só têm como razão de existência a garantia de tais direitos.”

É a Constituição que garante direitos aos cidadãos através da limitação do poder do estado-governo.

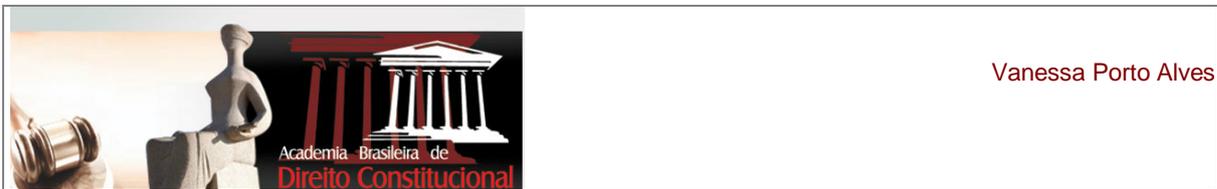
Para Sieyès (*in* FERREIRA FILHO, 2007, p. 83), quando a sociedade é formada pelo livre acordo entre os homens, para que se faça possível a realização de objetivos comuns é necessário que estes se sujeitem a um poder. Este poder deve ser constituído por homens integrados em sociedade, mas esta **Constituição** não importa apenas na organização do governo como também na sua limitação, visando a garantia da liberdade e dos direitos naturais.

Os homens congregados em sociedade designariam representantes extraordinários, que exercem o poder constituinte, o qual em ultima instancia pertencem ao povo, ou nação, isto é, ao grupo gerado pelo pacto social. A obra desses representantes extraordinários é a Constituição. Com base nesta é que se elegem os representantes ordinários que vão exercer o Governo. Exercê-lo de acordo com a Constituição, dentro dos limites por esta traçados (FERREIRA FILHO, 2007, p. 83).

É o documento Constitucional interpretando a vontade de toda uma sociedade de um determinado país. Os eleitos ficam subordinados aos ditames da Constituição, como meros representantes da voz do povo.

A nossa Constituição se adapta ao que é chamado por Kelsen de **Constituição no sentido lato**, ou seja, não contem apenas regras sobre os órgãos e os procedimentos da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos e de liberdades individuais. É o que se vê no artigo 5º e todos seu rol de incisos, por exemplo.

A lei fundamental não é, portanto, unicamente uma regra de procedimento, e sim um parâmetro a ser seguido para que leis não sejam elaboradas de modo a atentar princípios constitucionais como o da liberdade, da igualdade, da propriedade, entre outros (KELSEN, 1984, p. 132).



5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: DISCUSSÕES E POSICIONAMENTOS

A questão da judicialização da política é um assunto que vem sendo debatido há muito tempo. O judiciário tomando frente às questões iminentemente políticas, solucionando-as com base na lei, é por muitos considerado fato ameaçador à democracia, maculando o princípio da separação dos poderes.

O que mais chama atenção nos últimos tempos é a crescente atuação do Supremo Tribunal Federal na resolução de questões polêmicas que rondam a sociedade, como foi o caso do julgamento da ADPF 54, que passou a considerar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, ou mesmo a decisão da ADI 4277 juntamente à ADPF132, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Foram decisões tomadas com fundamento na defesa dos preceitos da Constituição Federal, considerada a lei suprema.

Para parte da doutrina, como será visto a seguir, essas decisões deveriam ser exclusivamente da alçada do poder legislativo, uma vez que criam ou modificam o entendimento da lei, ao contrário, estariam em confronto com a democracia.

Toda essa discussão acaba por se deparar com o papel da constituição federal no estado democrático.

Kelsen (1984, p. 3) diz que defender a Constituição significa, no sentido original do termo, a existência de um órgão cuja função é defender a constituição contra as violações.

O Supremo Tribunal Federal vem exercendo esse papel de defensor, no qual muitas vezes é acusado de excessos e até mesmo de ativismo judicial.

Cabe aqui aclarar as diferenças existentes entre a figura da judicialização da política e a figura do ativismo judicial. Apesar de terem a mesma **família**-usando o termo proposto por Barroso (2013) – são de origens diferentes.

A judicialização teve sua origem relacionada à redemocratização do nosso país, que desembocou em uma constitucionalização abrangente, tendência essa iniciada com a Constituição de Portugal de 1976 e com a Constituição Espanhola de



1978 (BARROSO, 2013). Outro fator que levou a constante presença da judicialização foi a recepção do controle de constitucionalidade pelo sistema brasileiro. Em suma, Judicializar significa que questões de teor político ou social estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário, e não pelo Poder Executivo e Poder Legislativo, o que seria o da praxe tradicional. No ordenamento brasileiro, a judicialização encontra espaço devido ao próprio modelo constitucional que se adotou, ou seja, em todas as vezes em que o judiciário decidiu, ele o fez porque era sua função, havia uma pretensão, subjetiva ou objetiva, extraída da própria norma constitucional, restando ao judiciário conhecê-la e aplicá-la.

No caso do ativismo judicial, o que se evidencia é uma escolha do modo de como se irá interpretar a Constituição, estando presente a expansão do sentido e do alcance da norma constitucional. Isto seria uma participação muito ampla e intensa do Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais, com uma atuação mais exacerbada dentro do território dos outros poderes (BARROSO, 2013). O ativismo judicial tem sua origem na jurisprudência norte-americana.

Frente a essa distinção, torna-se mais fácil entender que o Supremo não interfere ao acaso nas questões **políticas**, mas somente quando é provocado. Talvez muitos conservem uma posição mais rigorosa quanto à interferência do judiciário nas questões sociais e políticas temendo um ativismo judicial irreparável, esquecendo-se de distinguir tal fenômeno da judicialização da política, que é muito mais amena e menos intervencionista.

Bachof (1987, p. 32) relata que a lei fundamental submete também o legislativo ao controle jurídico dos tribunais, e isto é, sem dúvidas, ainda mais transcendental. Aos tribunais reservou-se a função de vigiar a constituição das leis. Essa é a função do Supremo Tribunal Federal.

Bachof, assim como Kelsen, acredita na legitimidade da atuação dos tribunais na defesa da lei maior.

Kelsen posiciona-se no sentido de que não há dúvidas quanto a necessidade de se criar um instituto por meio do qual seja controlada a constitucionalidade de certos atos do Estado, subordinado imediatamente à Constituição, em especial os atos do parlamento e do governo, de maneira que este



controle não possa ser transferido aos órgãos cujos atos devem ser controlados (KELSEN, 1984, p. 5).

Ora, o que se quer escudar é o fato de que depositar o controle constitucional nas mãos de um tribunal neutro é muito mais seguro do que deixá-lo por conta do próprio poder que cria as normas. Deixar o legislativo rever os próprios atos, é um caminho muito incerto onde a representação do povo há tempos foi substituída por lutas de interesses partidários. Teme-se que o que esteja em jogo em diversas decisões no legislativo almeje satisfazer o interesse de determinados grupos de poder, e não o da nação.

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional e com ela do Tribunal Constitucional como órgão máximo a exercê-la, perdeu muito o seu caráter controverso. Hoje, o que tem relevância é a questão do alcance, extensão e limites da justiça constitucional (TAVARES, 2008, p. 491).

Isso significa dizer que já se aceita a participação do Tribunal Constitucional nas questões políticas, restando o debate de quais seriam suas limitações nessa atuação.

Ademais, dizer que a justiça constitucional seria um governo composto por pessoas não representativas da sociedade, porque não conduzidas a seu cargo pelo voto popular, seria simplificar por demais o argumento democrático, firmado por aqueles que são contrários à permanência do Tribunal Constitucional (TAVARES, 2008, p. 493).

Tavares (2008, p. 471) sublinha que mesmo nas hipóteses em que atua legislativamente, suprindo a falta inconstitucional do órgão competente para a função, o Tribunal Constitucional deve seguir todo um processo próprio, que exige que a decisão final seja motivada e racional. Ele ainda cumpre comandos constitucionais. Por essas razões, há uma distância entre a atividade do Tribunal Constitucional como legislador e a caracterização política dessa atividade. Só se admitem fundamentos jurídicos, jamais de mera oportunidade. O Tribunal não estaria decidindo de acordo com suas vontades subjetivas, e sim com pressuposto nas leis, no ordenamento jurídico em sua totalidade, justificando juridicamente suas decisões.



Se a jurisdição fosse essencialmente apolítica, seria impossível haver uma jurisdição internacional. Isso porque todo conflito jurídico é, por certo, um conflito de interesse, um conflito de poder. Ou seja, toda disputa jurídica é conseqüentemente uma controvérsia política (KELSEN, 1984, p. 20). Não há meio de segregar o jurídico da política, pois a política necessita do jurídico para resolver seus conflitos.

A justiça, de certa forma, sempre está à disposição para atuar na resolução dos problemas do Estado. Este mesmo chama os Tribunais para intervirem em diversas questões nas quais apenas o exercício executivo e legislativo não bastam. E isso não torna o judiciário um órgão usurpador de função, nem matérias políticas judicializadas, e isso nada infere no princípio democrático.

Assim concorda Tavares (2008, p. 462), justificando que o método jurídico não é transviado pelo fato de enfrentar questões políticas. Não há essa definição de que as decisões venham a ser formalmente jurídicas e materialmente políticas. O Tribunal Constitucional sempre adotará decisões de cunho jurídico, mesmo que se façam presentes aspectos políticos no curso do processo.

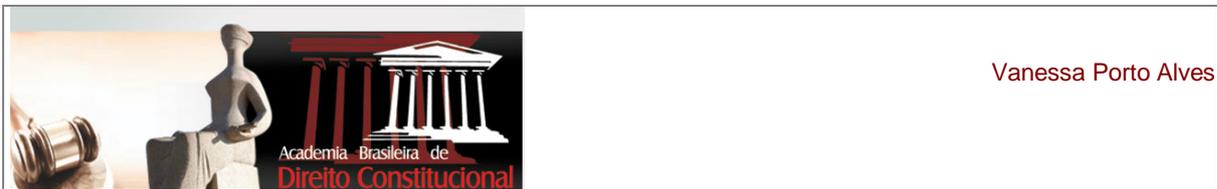
E essa conclusão de que só a legislação e não a jurisdição é política é tão falsa como a que considera que somente a jurisdição é uma criação geradora de direito.

Sempre que se aplica o direito, que se subsume fato à lei, há criação de posicionamento, seja ele cultural ou político.

É quase uma crença jurídica o fato de que o juiz deve se limitar à aplicação da lei mediante processos mentais lógicos e que deveria abster-se de propiciar decisões arbitrais, não podendo praticar um poder social próprio (BACHOF, 1987, p. 23).

Tem-se reconhecido que o juiz sempre teve, inclusive sob o império de um positivismo jurídico rígido, uma participação importante na criação do direito para o povo (BACHOF, 1987, p. 24).

Essa caracterização política não afasta a natureza jurídica, que permanece como condição inafastável da atividade de um Tribunal Constitucional (TAVARES, 2008, p. 482).



Em cada decisão jurídica baseada em normas há elementos de uma decisão autêntica e originária sobre o ordenamento jurídico (BACHOF, 1987, p. 24).

Mesmo que nas motivações se observem elementos extrajurídicos, com teor político, ainda será uma decisão jurídica, pois se baseia em moldes judiciais. É a forma judicial que diferenciará a atuação da Justiça Constitucional de outras atividades de cunho meramente político (TAVARES, 2008, p. 466).

Segundo a análise de Baum (TAVARES, 2008, p. 466), o Tribunal Constitucional faz suas escolhas políticas dentro de um contexto jurídico. O contexto seria exatamente esse procedimento, essa forma de decidir, especialmente a motivação da decisão, que não pode desviar-se do direito posto.

Ainda mais decisivo têm sido as mudanças que o parlamento tem experimentado na sua posição e estrutura. Em vez da representação de todo o povo por pessoas independentes, tem-se observado o mandato vinculado aos partidos.

Isso tem dado lugar ao absolutismo parlamentarista, um absolutismo da maioria parlamentarista e dos grupos de partidos que a dominam, o que conduz inevitavelmente a uma decadência da confiança e da objetividade e neutralidade dos órgãos legislativos (BACHOF, 1987, p. 54).

Impossível deixar as decisões políticas exclusivamente sob responsabilidade do legislativo. Isso sim contraria o princípio da democracia, pois o poder estaria se concentrando nas mãos de poucos. Nesse contexto acorda Bachof (1987, p. 54):

[...] necessita também de um contrapeso, uma força que se preocupe com que ao menos os valores superiores do direito e da ordem, estabelecidos pela constituição como fundamentais, permaneçam protegidos; uma força que decida, ao mesmo tempo, com a maior autoridade possível, se em um conflito eventual esses valores tenham sido salvaguardados, assegurando o restabelecimento da paz jurídica.

Não se requer nenhuma argumentação o fato lógico de que seja necessário um jurista para solucionar questões jurídicas. É uma instância técnica.

Nem o legislativo nem o executivo poderiam exercer com firmeza e conhecimento jurídico a guarda da Constituição como pode o judiciário.



Por isso, a missão política do Supremo Tribunal entende-se em relação a diretrizes políticas, e nunca ao que tange a interesses partidários ou pessoais (TAVARES, 2008, p. 467).

Ademais, o poder atuante nesse caso não pode estar comprometido com o processo legislativo, nem participar dele (BACHOF, 1987, p. 54).

Deve-se colocar em análise o criticado ativismo judicial caracterizando a atuação do Tribunal Constitucional.

Essa expressão considera a predisposição de um órgão judicial em realizar mudanças significativas na adoção da política pública traçadas por outras instituições (TAVARES, 2008, p. 478).

Só o fato de pertencer a um dos poderes do Estado não quer dizer que se trate de função política. A questão é o limite para que um dos poderes possam ser representados independentes de terem sido escolhidos democraticamente seus integrantes (TAVARES, 2008, p. 480).

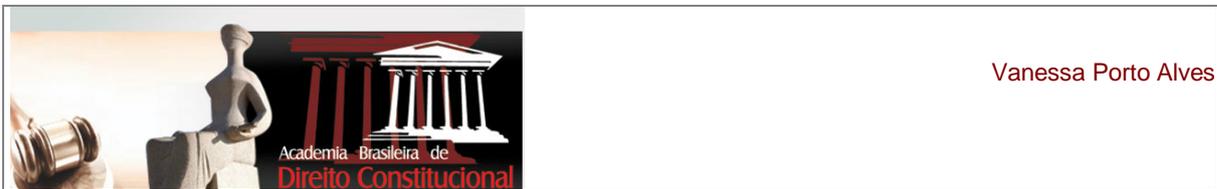
Todos os poder na realidade em algum momento emanaram do povo. Quem elaborou a Constituição, que será a base do controle constitucional, foi um Poder Constituinte originário com raízes na representação popular.

Ora, é estranho se afirmar que quando o judiciário se baseia nessa mesma Constituição eleita pelo povo, está atuando isoladamente, desrespeitando a representatividade democrática.

Há uma falácia no argumento de que, não sendo escolhidos pelo povo, os membros do Tribunal Constitucional careceriam de legitimidade para exercer o poder soberano (TAVARES, 2008, p. 494).

Como ensina Rousseau (*apud* TAVARES, 2008, p. 497), a democracia popular pode ser contrastada por outras formas de verificação democrática, ou seja, a democracia do cidadão estaria muito mais próxima do que concebe a ideia de direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.

Quando o Tribunal Constitucional concretiza conceitos fluidos na Constituição, atua, nesse sentido, politicamente. Há grande carga de criação de



direito. No entanto, o Tribunal exerce essa tarefa legitimamente, já que em toda interpretação há criação jurídica (TAVARES, 2008, p. 480).

Em nenhuma instância o juiz pode julgar e decidir sem criar teor jurídico. E isso não significa que esteja legislando.

O reconhecimento da possibilidade de anulação das leis pelo Tribunal Constitucional tem sido considerada, por alguns, uma demonstração da atuação política dessa instituição (TAVARES, 2008, p. 482).

A crise da democracia parlamentar é apresentada como uma das principais problemáticas contemporâneas, e é um dos fatores do aumento da produção do Tribunal Constitucional.

Quando determinada constituição atribui expressamente ao órgão da justiça Constitucional a decisão final sobre sua interpretação, bem como a manutenção da sua supremacia, pode-se sustentar a legitimidade dos atos da justiça Constitucional. Consoante a esse argumento, é na constituição que se dividem os poderes do estado, o que só pode ser levado a efeito por um poder que lhes seja superior, e que é o poder constituinte originário. Nessa medida, todos os poderes são democráticos, já que procedem de um mesmo ato de soberania popular que é a aprovação de uma específica ordem Constitucional, e isso independente da estrutura final que se crie entre esses poderes (TAVARES, 2008, p. 499).

Perde força a crítica à judicialização da política, porque evidente que o Supremo Tribunal tem não só competência, como também o dever de exercer sua função no sistema de freios e contrapesos, na fiscalização dos demais poderes, que também deriva da necessidade de se salvaguardar os preceitos constitucionais.

CONCLUSÃO

A figura da democracia surge em diversos momentos históricos com faces diferentes. As concepções de seus significados foram se aperfeiçoando, até chegar no entendimento de que democracia é, acima de tudo, a garantia de direitos fundamentais para todos.



Aquela ideia limitada de que democracia é sinônimo apenas de representação popular, ideia essa fixada com maior força na atualidade, está em processo de ser superada, assim como já se superaram demais conceitos históricos sobre democracia, chegando no consenso de que o princípio democrático é formado por inúmeras características.

O princípio democrático deve caminhar junto à transparência do estado e de seus governantes, o acesso às informações sobre todos os atos do governo deve ser de fácil acesso à população. Essa transparência e acessibilidade é que devem nortear a figura da democracia, pois são imprescindíveis para revelar uma democracia eficiente e viva.

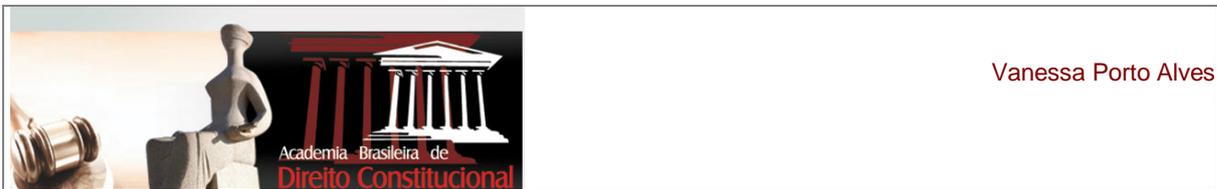
O que se deseja numa democracia é a clareza, a igualdade de direitos e a liberdade de participação em tudo que diz respeito aos direitos e deveres direcionados ao povo. Se as leis são elaboradas para que a população aja de acordo com seu conteúdo, é certo que esta mesma população possui o direito de fiscalizar – ou fazer-se fiscalizar – o poder que cria a lei.

A divisão de poderes não vislumbra criar órgãos isolados que não se comunicam entre si. A real intenção desse princípio é a interação contínua, a mútua fiscalização e a divisão de tarefas, evitando o acúmulo de poder em um só lugar e o abuso no exercício das funções.

É por isso que a atuação do judiciário é componente essencial do processo político da democracia. Apesar de ser objeto de críticas por parte de alguns estudiosos, a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes, o que em nenhum momento é prejudicial à democracia, ao contrário, reforça este instituto.

E a supremacia Constitucional é o que dá meios ao judiciário de interferir, quando provocado, evitando contrariedades ao texto constitucional e à alienação dos direitos fundamentais já assegurados. O que vem sendo chamado de judicialização da política muitas vezes não passa de simples aplicação da interpretação do conteúdo constitucional ao caso concreto levado a julgamento.

O significado de Constituição no nosso estado democrático de direito é o estabelecimento de nossas premissas básicas, princípios a serem observados por



todo o corpo social, inclusive pelos poderes do próprio estado – executivo, legislativo e judiciário. Esse nobre documento constitucional é o acordo firmado por toda uma nação, e impõe limites e assegura direitos aos que a integram. Eis a importância de se dar um status superior a essa Lei.

A judicialização da política hoje deve ser vista como um dos suportes para a defesa da Constituição e da própria democracia, já que são frutos do exercício legítimo de um Tribunal Constitucional que também exerce sua função política, indubitavelmente, no corpo social. É, sem dúvida, legítima representação da sociedade brasileira, traduzindo em justiça os anseios do povo.

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente (BARROSO, 2013).

Uma vez que a Constituição decorre de uma decisão proveniente de uma assembleia constituinte convocada pela soberania popular, e tudo o que nela existe é fruto da expressão da vontade do povo, seria incoerente dizer que quando o Supremo Tribunal Federal executa o controle de constitucionalidade tendo como parâmetro as leis constitucionais, estaria ameaçando a democracia devido a ausência de representantes eleitos pelo sufrágio. Ora, a Constituição Federal é a maior representação do cidadão e dos objetivos do Estado Democrático, é a maior e a mais segura representante já eleita pela nação.

Barroso (2013) ressalta que o fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. Não há usurpação de competência, nem risco à democracia. Não se faz presente em nosso sistema um ativismo inescrupuloso e ilimitado. O que temos aqui respeita, certamente, os limites da separação de poderes, mas, nem por isso, deixa que os demais poderes passem por cima do texto Constitucional, que é o contrato dos brasileiros entre si e com seus governantes, principal meio de evitar arbitrariedades e retrocessos sociais.

Os recentes abalos do poder executivo e do legislativo fortaleceu ainda mais a atuação do judiciário em questões político-sociais controversas, o que levou o



Supremo a ter que atuar nessas diversas esferas, dando retorno à sociedade, que não poderia ficar inerte esperando até uma data incerta, por uma resposta que nem sempre se traduz em solução.

Não há sentido em se desejar um Supremo Tribunal Constitucional omissivo. A efetividade da Constituição é de interesse de todos, e a judicialização não deve ser confundida com um ativismo que vai além dos limites previamente estipulados. Em um país como o Brasil, ainda tão maculado pela ausência de princípios básicos por parte de seus governantes, daqueles que estariam a representar a população, em que os desvios vultuosos de dinheiro público contrastam com a quantidade de miséria, não há quem queira depender de decisões isoladas advindas do Congresso Nacional ou do Poder Executivo. Uma separação de poderes tão incisiva, que repudia uma judicialização da política, esquece que sem controle mútuo não se pode defender o Brasil de sua principal miséria, a própria corrupção.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente de Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.
- ANDRADE, Vieira José. Carlos. Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria. *In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1995.
- BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/.../1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2013.
- CARDOSO, Fernando Henrique. **A Democracia Necessária**. 2. ed. Campinas: Papirus, 1985.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **O futuro da natureza do Estado Democrático de Direito. Uma reconstrução paradigmática a partir dos modelos de Estado Constitucional**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12906>>. Acesso em: 05 mar. 2013.
- COSTA, Denise Rezende. **Democracia Deliberativa: Potencialidades e Limitações**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/politica-e-direito/artigos/democracia-deliberativa-potencialidades-e-limitacoes>>. Acesso em: 23 fev. 2013.



- FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Reconstrução da Democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Reconstrução da Democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Estado de Direito e a Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Estado de Direito e a Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KELSEN, Hans. **?Quien débe ser el Defensor de la Constitución?** Madrid: Tecnos, 1931.
- KELSEN, Hans. **Garantia Jurisdiccional da Constituição**. Paris: Universitaires de France, 1929.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1984.
- MACIEL, Débora Alves e Andrei Koerner. **Sentido da judicialização da política: duas análises**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.
- MC ILWAIN, Charles Howard. **Costituzionalismo antico e moderno**, 1990. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Estado de Direito e a Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA, VITAL. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade**. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Lisboa: Coimbra, 1995.
- PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. [S.]: Forense, 2008.
- RIBEIRO JÚNIOR, Ulbergue. **A iniciativa popular e sua relação com as iniciativas privativasdo Presidente da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Ubergue_rev72.htm>. Acesso: 17 mar. 2013.
- SALLES, Paula Martins; BURGOS, Marcelo Baumann; VIANNA, Luiz Wernwck. **Dezessete anos da judicialização da política**. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>. Acesso em: 20 mar. 2013.
- SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Labor, 1931.
- SILVA, Daniel Cavalcante. **“Checks and Balances” e conflitos políticos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19065/checks-and-balances-e-conflitos-politicos>>. Acesso: 17 mar. 2013.
- SILVA, Daniel Cavalcante. **“Checks and Balances” e conflitos políticos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19065/checks-and-balances-e-conflitos-politicos>>. Acesso em: 17 mar. 2013.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



Universidade de São Paulo – USP, biblioteca digital. Disponível em: <(http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html)> Acesso em: 17 fev. 2013.

VILALLÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria. *In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1995.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. [S.l.]: Marcial Pons, 2005.



A BUSCA PELA CELERIDADE DA JUSTIÇA E O POSSÍVEL CERCEAMENTO DE DEFESA: UM ESTUDO SOBRE A PEC Nº 15 DE 2011¹

THE SEARCH FOR A SPEEDY TRIAL AND POSSIBLE OBSTACLES TO THE RIGHT OF DEFENCE:
A STUDY ON THE PEC N. 15 OF 2011

Danilo Candido Portero²

Karlo Messa Vettorazzi³

Resumo

Quando o assunto é o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, um dos principais clamores invocados pela sociedade brasileira refere-se à busca pela celeridade da Justiça. A Proposta de Emenda à Constituição nº 15 de 2011, também conhecida como “PEC dos Recursos”, surge a partir deste enfoque sob a ideologia do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso. O presente artigo trabalha a alteração pretendida no texto constitucional quanto à antecipação do trânsito em julgado das decisões judiciais e, em segundo plano, trata sobre a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial somente por decisão colegiada. Busca analisar se o combate à morosidade da Justiça deve se sobrepor ao próprio ordenamento jurídico e aos direitos e garantias fundamentais. Isto é, se a aprovação da PEC juridicamente pode ser considerada cabível e, em caso afirmativo, se violaria o instituto constitucional da coisa julgada, resultando em possível cerceamento de defesa aos jurisdicionados.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Recursos; Celeridade; Segurança Jurídica; Coisa Julgada.

Abstract

When the subject is the improvement of the Judiciary, one of the main clamors of Brazilian people refers to the search for the celerity of Justice. The proposed amendment to the Constitution n. 15 of 2011, also known as “PEC dos Recursos”, arises from this focus by the ideology of the former Minister of Supreme Court of Brazil (STF), Cezar Peluso. The present paper works the desired alteration

¹ Trabalho submetido em 29/05/2013, pareceres finalizados em 07/07/2013 e 30/07/2013, aprovação comunicada em 05/08/2013.

² Aluno do 4º ano de Direito da FAE - Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica da Fundação Araucária. Email: danilocportero@gmail.com.

³ Mestre em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor da FAE - Centro Universitário. Email: karlo.vettorazzi@fae.edu.



in the constitutional field as to the anticipation of *res judicata* and, in second plan, deals with the concession of suspensive effect to the extraordinary pleas (“recurso extraordinário” e “recurso especial”) only by collegial decision. Nevertheless, analyzes if the combat of the slowness of Justice can overlap the legal system as well as the fundamental rights and guarantees in the Federal Constitution. Namely, if the approval of the “PEC dos Recursos” legally could be appropriate and, if so, would violate the constitutional institute of *res judicata*, resulting in the possible retrenchement defense to the litigators.

Keywords: Judiciary; Appeals; Celerity; Legal certainty; Res judicata.

INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda à Constituição 15 de 2011, idealizada pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, visa combater a morosidade da Justiça através da antecipação do trânsito em julgado das decisões judiciais e da atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial somente por decisão colegiada⁴.

Desse modo, pretende-se incluir os seguintes dispositivos na Carta Magna⁵:

Art. 105-A – A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte.
Parágrafo único – A execução da decisão recorrida somente poderá ser sustada por deliberação colegiada, nos termos do Regimento Interno do Tribunal.

Segundo Peluso (2013), “o Brasil é o único país do mundo em que um processo pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local ou regional, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal (STF)”. Ademais, como empecilho a uma Justiça célere, entende o ex-ministro que o processo brasileiro é composto por uma multiplicidade de recursos.

Como corolário, a PEC nº 15 de 2011 surge para dar maior agilidade às execuções judiciais, ao passo de prever que as decisões de segundo grau transitem em julgado. Desse modo, acredita-se, ademais, que será reduzido o número dos

⁴ O objeto do presente artigo está delimitado à Emenda Substitutiva apresentada pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, Relator da PEC nº 15/2011 junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, haja vista tratar-se da atual redação da proposta.

⁵ BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Aloysio Nunes. **Relatório da PEC nº 15 de 2011 – CCJ**. Brasília, DF, 06 jul. 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/93054.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.



recursos excepcionais, tendo em vista a pretensão de que a coisa julgada e, conseqüentemente, a execução definitiva dos julgados, não seja obstada pela interposição de tais recursos.

A PEC em comento prevê, ainda, modificação no que tange à atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais que, conforme o disposto no parágrafo único do art. 105-A, somente poderá ser concedido por deliberação colegiada, nos termos do respectivo Regimento Interno da Corte a qual se recorre (STF ou STJ).

Apresentada formalmente no Senado Federal pelo Sen. Ricardo Ferraço, a Proposta de Emenda à Constituição nº 15 de 2011, conhecida também como “PEC dos Recursos”, responsabiliza-se por crescentes debates na esfera jurídica por implicar em mudanças significativas no sistema processual vigente.

As razões a seguir expostas objetivam – sob a ótica processual civil e diante da análise da atual redação da PEC - corroborar o pensamento crítico, necessário e fundamental acerca dos dispositivos que se pretendem incluir no arcabouço constitucional, para que *a priori* entenda-se a incompatibilidade e a inconveniência que será gerada ao processo brasileiro, caso efetivamente aprovada a Proposta de Emenda à Constituição nº 15 de 2011.

1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

1.1 Considerações iniciais

A fim de satisfazer a relevante compreensão acerca do objeto do presente artigo, buscou-se, mesmo que em breves linhas, demonstrar a excepcional finalidade dos recursos extraordinário e especial, para então delinear sua importância na atual sistemática processual.

Desse modo, é mister endossar os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, no viés de inicialmente abordar um panorama geral dos órgãos judiciais existentes no Brasil, para em seguida discorrer sobre os aludidos recursos.

Nesse sentido:

Além da dualidade de instâncias ordinárias, entre os juízes de primeiro grau e os Tribunais de segundo grau, existe, também, no sistema processual



A busca pela celeridade da justiça...

brasileiro, a possibilidade de recursos extremos ou excepcionais, para dois órgãos superiores que formam a cúpula do Poder Judiciário nacional, ou seja, para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro deles se encarrega da matéria constitucional e o segundo, dos temas infraconstitucionais de direito federal. Cabe-lhes, porém, em princípio, o exame não dos fatos controvertidos, nem tampouco das provas existentes no processo, nem mesmo da justiça ou injustiça do julgado recorrido, mas apenas e tão somente a revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado (THEODORO JÚNIOR, 2012. v. 1, p. 675).

Os recursos extraordinário e especial, também conhecidos como recursos extremos ou excepcionais, são recursos constitucionais de fundamentação vinculada, utilizados para tutelar, imediatamente, o direito objetivo, a ordem jurídica e, mediadamente, o direito subjetivo da parte vencida (FUX, 2008, v. 1, p. 876).

Cumprindo assinalar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como órgãos superiores responsáveis pelo julgamento dos recursos excepcionais, não se limitam à cassação dos julgados como é verificado em muitos países com os chamados 'tribunais de cassação'.

No Brasil, o STF e o STJ vão além da função daqueles tribunais, pois prestam a revisão das causas que lhe são submetidas, no sentido de aplicarem a interpretação jurídica entendida como correta, substituindo a decisão recorrida e julgando a causa.

Desse modo, colaciona-se a doutrina de Dinamarco:

Como se vê, um ponto em que não coincidem as funções das Cortes supremas na América Latina (e no mundo) é o da dúplice função de cassar e substituir, que algumas têm, em confronto com a função de cassar sem substituir, inerente a outras (daí meras Cortes de cassação). As Cortes supremas que cassam sem substituir limitam-se a enunciar a tese jurídica a prevalecer no caso, devolvendo o processo à instância de origem para que, prosseguindo no julgamento, aplique-a concretamente. As que cassam e substituem realizam elas próprias a aplicação da tese, re julgando o caso (DINAMARCO, 2002, p. 784).

1.2 Recurso extraordinário

O recurso extraordinário surge no direito brasileiro sob a influência do *Writ of error*, mecanismo processual norte-americano instrumentalizado pelo *Judiciary Act*



de 24 de setembro de 1789, capaz de unificar o entendimento do Direito Federal e, sobretudo, manter a supremacia da Constituição Federal americana (MIRANDA, 2002, tomo VIII (arts. 539 a 565), p. 19).

Seu cabimento, segundo José Afonso da Silva dava-se da seguinte forma:

O *Writ of error* se interpõe para a Suprema Côrte (*sic*) dos Estados Unidos, quando: a) se tenha levantado uma questão de validade de um tratado ou de uma lei da União ou da legitimidade de uma sua autoridade, e a decisão é contra a sua validade; b) se levanta uma questão de validade de uma lei do Estado ou da Legitimidade de uma autoridade por êle (*sic*) exercida, em face da Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos, e a decisão é em favor da validade; c) qualquer título, direito, privilégio, ou imunidade é invocada com fundamento na Constituição, ou qualquer tratado, ou lei, ou comissão ou autoridade exercida sob os Estados Unidos, e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade especialmente fundada ou reclamada pela parte com fundamento na Constituição, tratado, lei, comissão, ou autoridade (SILVA, 1963, p. 28).

Destarte, com a finalidade de assegurar a supremacia da Constituição Federal e de preservar a unidade do direito objetivo, de natureza constitucional ou infraconstitucional federal, surge o recurso extraordinário no exato momento histórico do nascimento da República Federativa no Brasil⁶.

Desde seu surgimento, porém, o recurso extraordinário não sofreu grandes modificações, cumprindo ressaltar, todavia, a sua alteração principal, ocorrida com o advento da Constituição Federal de 1988, quando é criado, então, o Superior Tribunal de Justiça.

A Constituição de 1988 procurou acentuar o papel de Corte constitucional do Supremo Tribunal Federal. Foi criado, assim, um novo órgão judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, ao qual se transferiu, em meio a outras atribuições, a competência de uniformização da interpretação do direito infraconstitucional federal, mediante apresentação do recurso denominado especial. Pretendeu-se, assim, que o STF desempenhasse, “precipualemente, a guarda da Constituição”, na dicção expressa do caput do art. 102 (BARROSO, 2002, tomo I, p. 23-24).

⁶ Segundo Manoel Caetano Ferreira Filho, “logo após a Proclamação da República e ainda antes de promulgada a primeira Constituição Federal (de 1891), através do Decreto 510, de 22 de junho de 1890, foi introduzido no processo brasileiro um recurso sem nome específico, que, embora guardasse certa semelhança com a antiga *revista*, já existente no tempo do Império, teve inspiração imediata no *writ of error*, do direito norte-americano”. Vide Ferreira Filho, 2001, p. 335.



Desse modo, a atual interposição do recurso extraordinário dar-se-á quando prevista alguma das hipóteses de cabimento elencadas no art. 102, III, da Constituição Federal. Assim, caberá recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Apesar de inspirado em instrumento processual oriundo da legislação norte-americana e possuir semelhança com outros recursos encontrados em ordenamentos estrangeiros, importante ressaltar os ensinamentos de Barbosa Moreira, para que não sejam transportadas ao recurso extraordinário disposições incompatíveis com o sistema processual característico do Brasil.

Aliás, nota-se pretensão nesse sentido na acurada análise da PEC nº 15 de 2011, visto que se objetiva transformar os recursos excepcionais em recursos contra decisões transitadas em julgado.

Senão, veja-se:

O recurso extraordinário do direito brasileiro não se assimila, nem jamais se assimilou, às figuras recursais a que se acostuma, em vários ordenamentos estrangeiros, aplicar essa designação. Como já se explicou (...), em mais de um país rotulam-se de “extraordinários” os recursos interponíveis contra decisões já transitadas em julgado. Entre nós, ao contrário, a coisa julgada somente se forma quando a decisão não esteja sujeita a recurso algum (admissível!), sem exceção do extraordinário (art. 467, *fine*). A similitude da nomenclatura não deve induzir em erro pátrio o intérprete, que bem andará em abster-se de transplantar para o sistema pátrio proposições encontradas na doutrina alienígena, mas formulada com referência a recursos “extraordinários”, que de comum com o nosso têm apenas o adjetivo, ou pouco mais (BARBOSA MOREIRA, 2011. v. 5: arts. 476 a 565, p. 580).

Ora, por tratar-se de recurso e não de ação, inadmissível aceitar que os recursos excepcionais sejam interpostos em face de decisões já transitadas em julgado (NERY JUNIOR, 2004. v. I, p. 207), considerando a incongruência desse método com o próprio conceito de “recurso”.

Nesse sentido:



Recurso é meio de impugnação que pode ser utilizado dentro do mesmo processo, em face de decisão que ainda não transitou em julgado, ou em relação à qual ainda não se operou a preclusão. Os meios de impugnação de decisões judiciais já transitadas em julgado chamam-se, por sua vez, de acordo com a doutrina por nós adotada, de ações autônomas de impugnação, ou ações impugnativas autônomas, como o é, por exemplo, a ação rescisória. Portanto, não se aplica ao direito brasileiro o uso do termo “recurso extraordinário” para meios de impugnação que tenham por finalidade atacar decisões transitadas em julgado. (MEDINA, 1999, p. 65).

1.3 Recurso especial

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, o surgimento do Superior Tribunal de Justiça, por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se, principalmente, em atendimento aos reclames de José Afonso da Silva:

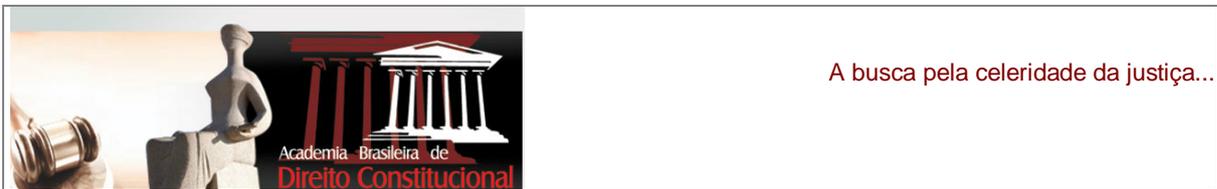
Naquela época, José Afonso da Silva, hoje um dos maiores constitucionalistas do país, já era processualista de mão cheia. Uma das mais constantes e duradouras críticas ao asoberbamento de trabalho no Supremo Tribunal Federal — a crise do Supremo Tribunal Federal — foi feita por ele. Na sua opinião e na sua visão de gênio, o Supremo já estava à beira de sua total e completa inviabilização. Impunha-se a criação de um outro Tribunal Superior (...) (BUENO, 2013).

Cabia ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário e antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a manutenção do direito objetivo, tanto na esfera constitucional ou infraconstitucional de direito federal.

Em razão da quantidade exagerada de recursos que eram direcionados à Suprema Corte, necessário tornou-se a criação do Superior Tribunal de Justiça e, conseqüentemente, a transferência (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 159) da competência da matéria infraconstitucional de direito federal ao recurso especial.

Houve, assim, um desmembramento do recurso extraordinário, sendo que o recurso especial, essencial à preservação e integridade das leis federais, começa a ser definido da seguinte forma:

O recurso especial, assim como o recurso extraordinário, é um recurso de fundamentação vinculada, para cujo cabimento não basta que o recorrente invoque a própria sucumbência, tornando-se necessária a invocação de uma “questão federal debatida” (“prequestionada”) na causa, de que o recorrente tire a conclusão de ter havido violação do direito federal de



natureza infraconstitucional (se a alegada violação do direito federal for de natureza constitucional, nas hipóteses previstas pelo art. 102 da CF, então cabível será o extraordinário, perante o Supremo) (BAPTISTA, 2001, v. 1, p. 464).

Trata-se, outrossim, de recurso excepcional, em que suas hipóteses de cabimento encontram-se enumeradas no art. 105, III, da Constituição Federal. Destarte, serão julgados mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Resta indiscutível, portanto, a importância dos recursos extraordinário e especial ao sistema processual pátrio, vez que, com hipóteses de cabimento bastante restritas, são capazes de uniformizar o entendimento jurisprudencial quanto à aplicação do direito constitucional e federal infraconstitucional.

Aprovar a PEC nº 15 de 2011 sob o pretexto de se buscar uma tutela jurisdicional célere resultaria em um problema ainda maior, que é a desconsideração das garantias fundamentais mínimas imanentes aos jurisdicionados, pois nesse sentido já asseverava Rui Barbosa (2013):

Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.

A aprovação da PEC nº 15 de 2011, ademais, implicaria na tomada (i)legítima do poder de julgar atribuído ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, através dos recursos extraordinário e especial, respectivamente.

Senão, veja-se:

Cabe ao STF e ao STJ a missão de preservar a uniformidade, em tese, na aplicação da Constituição e do direito federal. A malsinada PEC dos recursos atenta contra esse papel histórico do Supremo, e estendido, em parte, pela Constituição vigente, ao STJ. Ambas as Cortes deixarão de exercê-lo em toda a plenitude, à medida que assim se fecharem, drasticamente, as vias de acesso à jurisdição (MEDINA, 2013).



2 EXECUÇÃO NA PENDÊNCIA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Por muito tempo se discutiu se a execução na pendência dos recursos excepcionais seria definitiva ou provisória.

A esse respeito Pontes de Miranda (2002, tomo VII (arts. 496 a 538), p. 36) já lecionava tratar-se de execução provisória, permanecendo aplicáveis seus ensinamentos ainda durante a vigência do atual Código de Processo Civil de 1973:

A despeito do art. 808, §1º, do Código de 1939 que já dizia não suspender a execução o recurso extraordinário, houve discussão a respeito de ser provisória ou definitiva a execução se interposta da sentença o recurso extraordinário. Houve juristas e juízes que pensavam em definitividade. Como podia ser definitiva execução que seria alcançada pelo acórdão que desse provimento ao recurso extraordinário? Daí termos sido pertinaz em repelir a interpretação absurda (...).

Diante das afirmações do ilustre jurista, resta inequívoca a fragilidade dos argumentos encontrados pelos defensores da PEC nº 15 de 2011.

Primeiramente, conforme abordado, a principal proposição da “PEC dos Recursos” refere-se à antecipação do trânsito em julgado das decisões judiciais e a consequente execução definitiva dos julgados.

Desse modo, questiona-se: como pode ser definitiva a execução dos julgados em caso de procedência do recurso extraordinário ou especial?

A definitividade das execuções judiciais, nesses casos, evidentemente não existirá, devendo ser declarado nulo o argumento de que a interposição dos recursos excepcionais não obstará o trânsito em julgado das decisões judiciais.

Na atualidade, porém, a discussão acerca da execução na pendência dos recursos excepcionais não mais se figura como aquela havida antigamente.

Isto porque o art. 542, § 2º, do Código de Processo Civil, é claro ao dispor que o recurso extraordinário e especial, em regra, serão recebidos no efeito devolutivo⁷.

Portanto, sendo tais recursos, em regra, desprovidos de efeito suspensivo, poderá ser executada provisoriamente a sentença (BUENO, 2008, v. 3, p. 136), nos

⁷ Admite-se, excepcionalmente, conceder efeito suspensivo aos recursos excepcionais através de medida cautelar inominada. Nesse sentido, vide Ferreira, 1999, p. 58.



A busca pela celeridade da justiça...

termos do art. 475-O, do CPC. Isto é, a execução correrá por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente; em caso de reversibilidade da decisão deverá ser restituído o estado anterior, liquidados eventuais prejuízos; e, por fim, a execução dependerá de caução idônea até que se torne definitiva, ressalvados os casos expressamente previstos no art. 475-O, § 2º, I e II.

Liebman, em sua obra “Históricos estudos sobre o processo civil brasileiro”, diferencia a execução definitiva da execução provisória, nos seguintes termos:

(...) resulta que o legislador teve em mente duas figuras bem distintas: a da execução de sentença transitada em julgado e a da execução da sentença ainda sujeita a recurso, embora não suspensivo.

A primeira, que tem por pressuposto e fundamento um ato firme e irreatável, não corre o perigo de dever ser desfeita e bem merece a qualificação de definitiva; ela pode percorrer com segurança seu caminho até a conclusão.

A segunda, baseada num ato ainda sujeito à possibilidade de ser anulado, considera-a a lei provisória, e, levando em conta a eventualidade de se dever restabelecer o estado anterior, dita-lhe algumas regras especiais (...) que visam a garantir aquele restabelecimento (LIEBMAN, 1976, p. 86-87).

Conclui-se, portanto, que a PEC nº 15 de 2011, na tentativa de findar a execução provisória que existe na pendência dos recursos excepcionais, falha, majestosamente, em torná-la definitiva.

Considerando, porém, a "execução definitiva" pretendida pela PEC e a sua possível aprovação, nota-se que os resultados dessa alteração não serão positivos. Pois, fazer com que as decisões de segundo grau “transitem em julgado”, ocasionará o cerceamento de defesa daqueles que buscarem a tutela jurisdicional.

A parte vencedora poderá “executar definitivamente” a decisão enquanto nada poderá fazer a parte sucumbente, senão esperar forçosamente (portanto, cerceada) que de fato seja possível, em caso de procedência de recurso excepcional, ser restituída dos eventuais prejuízos sofridos com a execução. Em sentido inverso, ainda, o cerceamento de defesa poderá restar configurado, pois como esperar que a parte que venceu em segundo grau execute “definitivamente” a decisão, sendo que, posteriormente, possa ser reformada aquela decisão por eventual julgamento de recurso excepcional?

Ademais, parece inequívoco que os requisitos da execução provisória, dispostos no art. 475-O, do CPC, são os que melhor resguardam a reversibilidade da



decisão judicial ainda pendente de recurso – portanto, não definitiva -, dando maior segurança aos jurisdicionados no processo.

Não bastasse a inconsistência da proposição, a “PEC dos Recursos” vai além. Senão, veja-se o contido no parágrafo único do art. 105-A:

Parágrafo único – A execução da decisão recorrida somente poderá ser sustada por deliberação colegiada, nos termos do Regimento Interno do Tribunal.

Conforme o dispositivo supracitado, objeto da atual redação da PEC nº 15 de 2011, o Sen. Aloysio Nunes Ferreira, da CCJ, tenta encobrir o termo efeito suspensivo por sustação da execução da decisão recorrida, por entender que 'sustar' seria o termo adequado em face de decisões já transitadas em julgado.

Se correto está o ponto de vista adotado neste artigo, no sentido de desmistificar o eventual trânsito em julgado das decisões judiciais de segundo grau, bem como sua conseqüente “execução definitiva”, referido dispositivo não encontra baliza, evidentemente, pelas razões anteriormente expostas.

3 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Segundo o princípio do duplo grau de jurisdição, aquele que invocar a tutela jurisdicional e de alguma forma restar-se insatisfeito deverá ter direito à revisão de sua causa, em tese, por órgão jurisdicional superior (GRECO FILHO, 2003, v. 1, p. 51). Ocorre, porém, que nem sempre a decisão recorrida ocasionará a revisão por órgão jurisdicional *ad quem*.

Por esta razão, Luiz Guilherme Marinoni defende que em verdade o princípio do duplo grau de jurisdição deveria chamar-se duplo juízo sobre o mérito (MARINONI, 2007, v. 2, p. 487), em razão de existirem causas que não precisam necessariamente percorrer a análise de órgão jurisdicional superior hierárquico para o efetivo cumprimento do juízo revisional⁸.

⁸ A título de conhecimento cita-se o procedimento recursal no âmbito dos Juizados Especiais, em que a apelação (recurso inominado) é julgada pela Turma Recursal do próprio órgão, composta de juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.



Apesar do referido princípio estar claramente inserido no ordenamento jurídico pátrio, em sentido contrário, porém, entende o ex-ministro da Suprema Corte, Cezar Peluso, idealizador da PEC nº 15 de 2011, ao afirmar que o Brasil é o único país do mundo que possui quatro graus de jurisdição.

Diante da interpretação do ex-ministro da mais alta Corte do país, resta imprescindível uma breve explanação acerca do fundamento da existência deste princípio.

Nelson Nery Junior (2004, v. I, p. 39) aborda três aspectos fundamentais responsáveis pelo surgimento do princípio do duplo grau de jurisdição, cuja idealização deu-se com a Revolução Francesa.

O primeiro deles diz respeito ao principal argumento utilizado pela doutrina, baseado na sentença: “errar é humano”. Assim, “tendo em vista a falibilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune de falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação ao julgar” (NERY JUNIOR, 2004, v. I, p. 39).

O segundo aspecto abordado pelo doutrinador refere-se ao subjetivismo humano em relação à sentença que lhe é desfavorável. Isto é, após a ciência de decisão desfavorável, o ser humano logo pretende, ainda que intimamente, que seja proferido novo julgamento sobre a questão levada a juízo.

Por fim, mas não menos importante, deve-se considerar o fato no qual, o magistrado, na ocasião de ser o único detentor do poder de julgar, poderia incorrer em despotismo, conforme o contido na célebre obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu.

Diante disto e ante a possibilidade de no processo brasileiro a lide ser decidida por juízes de primeiro grau, tribunais estaduais ou federais, STJ e STF, há quem diga, ainda, que o Brasil possui um sistema de quatro instâncias.

Insta salientar, porém, que tal argumento não encontra suporte na doutrina pelo simples fato da impossibilidade de ser discutida qualquer matéria nos recursos extraordinário e especial – por isso, chamados de recursos excepcionais ou extremos.

Ver, por todos, Luiz Rodrigues Wambier:



A primeira observação que se há de fazer para que se bem compreenda o que são os recursos extraordinários em sentido lato, recursos excepcionais ou anormais, é que não se trata de um terceiro grau de jurisdição.

Não se está diante de recursos que propiciem um mero reexame da matéria já decidida, tal como a apelação faz em relação à sentença ou o agravo em relação à decisão interlocutória. Por isso são chamados de extraordinários em sentido lato – diferenciando-se dos demais, ditos ordinários, que garantem o mero reexame da matéria decidida (WAMBIER, 2011, v. 1, p. 731).

Dessa forma, a existência dos recursos extraordinário e especial, dirigidos ao STF e ao STJ, respectivamente, não implica na configuração de quatro graus de jurisdição. Isto porque as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais – claramente delineada pelo legislador, aliás - são restritas somente à existência de afronta ao direito objetivo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional de direito federal, a depender do recurso interposto (SANTOS, 2003, v. 3, p. 155).

4 COISA JULGADA

A coisa julgada como fundamento do Estado Democrático de Direito (NERY JUNIOR, 2004, v. I, p. 50) pressupõe a existência da sentença transitada em julgado e, atualmente, seu conceito encontra-se majoritariamente acolhido em razão da brilhante tese de Liebman, em “Eficácia e Autoridade da Sentença”.

Liebman, em contrariedade ao pensamento defendido na época – e, especificamente em debates contra Carnelutti -, empregou definição ao instituto da coisa julgada aceito sem ressalvas por grande parte da doutrina brasileira.

A tese defendida por Carnelutti⁹ determinava que a coisa julgada se reduzia meramente ao efeito declaratório contido na sentença.

Em sentido diverso, asseverava Liebman:

A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica (LIEBMAN, 1984, p. 20-21).

⁹ Sobre o tema vide “Coisa julgada (Liebman x Carnelutti)” em DINAMARCO, 2002, p. 294.



Para Liebman, a coisa julgada não deveria ser confundida com os efeitos porventura emanados da sentença (declaratório, condenatório e constitutivo)¹⁰. Assim, conseguiu combater o pensamento então dominante através da demonstração do caráter qualitativo da sentença, desconhecido pela doutrina de outrora (Vide MARINONI, 2011, v. 1, p. 426).

Definiu, destarte, a coisa julgada como “uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato” (LIEBMAN, 1984, p. 54).

Ao discorrer sobre os limites objetivos da coisa julgada, Liebman assinalava corretamente sua restrição à parte dispositiva da sentença e, então, alertava no sentido de que a expressão “compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes” (LIEBMAN, 1984, p. 112).

Esse posicionamento foi expressamente adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, especificamente no art. 474, a seguir:

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

A coisa julgada, ainda, pode ser dividida em coisa julgada em sentido formal ou material (CANOTILHO, 2008, p. 264-265). A primeira significa a qualidade da sentença dentro do processo, ocorrida em tese com a preclusão dos recursos. Já a coisa julgada material corresponde à própria autoridade da coisa julgada – qualidade da sentença transitada em julgado revestida de imutabilidade –, que existe dentro e fora do processo, quando ocorrer a resolução do feito com julgamento de mérito, nas hipóteses previstas no art. 269, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

¹⁰ Nesse sentido há a possibilidade da sentença produzir seus efeitos antes mesmo de transitar em julgado, que é o caso da execução provisória, nos termos do art. 475-O, do CPC.



Não há, pode-se dizer, discordância entre os escritores sobre o ponto da distinção entre coisa julgada em sentido formal e em sentido substancial (ou material). É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira. (LIEBMAN, 1984, p. 61).

Desse modo, demonstrou constatar que a autoridade da coisa julgada, isto é, a coisa julgada propriamente dita como qualidade da sentença transitada em julgado, só se verifica quando a causa não mais sujeitar-se a nenhum tipo de recurso¹¹.

Assim, Liebman ressalta que a exequibilidade e a imutabilidade são qualidades diversas da sentença, afirmando que “se a lei condicionou a exequibilidade “definitiva” à imutabilidade da sentença, seria contrariar a sua intenção atribuir caráter definitivo à execução de sentença ainda recorrível” (LIEBMAN, 1984, p. 90).

Neste passo, corrobora-se o entendimento da impossibilidade de se atribuir efeitos da execução definitiva na pendência dos recursos excepcionais (PEC nº 15 de 2011), sob pena de se desconsiderar¹² o instituto da coisa julgada, o que é vedado pelo ordenamento pátrio, nas lições de Nery Junior, a seguir:

O Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, garantia fundamental – CF 5º XXXVI), que é a coisa julgada, são *cláusulas pétreas* em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 §4º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil (NERY JUNIOR, 2004, v. I, p. 511).

Assim sendo, padece de inconstitucionalidade a “PEC dos Recursos”, por tentar justamente desconsiderar a coisa julgada, instituto garantido constitucionalmente como cláusula pétrea. Ademais, a impossibilidade de se

¹¹ Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, enquanto ainda não se atingir a finalidade do processo, ou seja, quando restar pendente a resolução da lide, “o Estado não satisfaz nem ultimou a prestação jurisdicional, a que está obrigado”. Vide Santos, 2003, v. 3, p. 46.

¹² A coisa julgada, no sistema processual brasileiro, só se forma quando da decisão judicial não mais couber recurso algum. Portanto, com a aprovação da PEC, entende-se que haverá a “desconsideração” da coisa julgada ao invés de sua “relativização”, em razão da pretendida antecipação do “trânsito em julgado”.



A busca pela celeridade da justiça...

desconsiderar a coisa julgada se justifica em preservação ao próprio Estado Democrático de Direito.

Resta, finalmente, indagar se a busca constante pela celeridade da Justiça deve prevalecer sobre o Estado Democrático de Direito e seu ordenamento jurídico. Parece absurdo, ademais, optar por quantidade ao invés de qualidade e segurança jurídica¹³.

CONCLUSÃO

O presente artigo analisou um dos principais temas comumente abordados no neoprocessualismo¹⁴, que é a busca pela celeridade da Justiça.

Na sociedade atual a problemática da morosidade do Poder Judiciário é confrontada muitas vezes com a existência dos instrumentos recursais colocados à disposição dos jurisdicionados. Entende-se, assim, que a existência dos recursos dificulta uma Justiça ágil, sem levar em conta, obviamente, que a sociedade cresceu em números e cada vez mais os indivíduos tornam-se cientes de seus direitos¹⁵.

Desse modo, muitas são as propostas tramitando no Congresso Nacional a fim de se diminuir o trabalho da máquina estatal, sendo a PEC nº 15 de 2011 apenas uma delas.

Imperioso destacar a fundamental importância dos recursos extraordinário e especial, haja vista que somente através desses recursos torna-se possível a

¹³ Nesse sentido já criticava Lenio Streck, ao afirmar que “os argumentos utilizados para justificar essa verdadeira “cruzada” na busca de mecanismos engessadores das manifestações das instâncias inferiores da justiça são sempre os mesmos: desafogar (*sic*) as prateleiras dos tribunais superiores, que estão assoberbados de recursos dos mais variados. Ou seja, busca-se uma “efetividade (meramente) quantitativa”. Vide STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Faya Silveira Bedê (Coord.). **Constituição e democracia – estudos em homenagem ao professor JJ. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 423.

¹⁴ Não se pretende adentrar na discussão semântica porventura existente acerca do termo correto a ser utilizado, se neoprocessualismo ou processualismo contemporâneo.

¹⁵ Paradoxalmente, muito menos se considera que no Brasil os principais litigantes são justamente os órgãos públicos. Vide Relatório do CNJ apresentado em 2011: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, DF, mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.



uniformidade do entendimento jurisprudencial quanto à aplicação do direito de natureza constitucional ou federal de natureza infraconstitucional.

A “PEC dos Recursos” tenta determinar o trânsito em julgado das decisões judiciais em momento antecedente à interposição dos recursos excepcionais, além de prever que a concessão de efeito suspensivo desses recursos ocorra somente por decisão colegiada.

Ressalta-se que a referida PEC, por óbvio ausente de qualquer prognose¹⁶, desconsidera, ademais, as implicações teórico-práticas decorrentes da sua possível aprovação.

De início, nota-se a nulidade teórica da proposta no sentido de determinar que o trânsito em julgado não seja obstado pela interposição dos recursos excepcionais. Pois, sabido é que o trânsito em julgado das decisões judiciais só se forma quando não mais for admitido recurso algum, isto é, com a formação da coisa julgada.

A decorrência prática, em uma de suas possíveis ocorrências estudadas no caso da aprovação da PEC, refere-se ao cerceamento de defesa que será ocasionado aos jurisdicionados. Evidente que com o “trânsito em julgado” pretendido, a parte vencedora poderá “executar definitivamente” a decisão enquanto nada poderá fazer a parte sucumbente, senão esperar forçosamente (portanto, cerceada) que de fato seja possível, em caso de procedência de recurso excepcional, ser restituída dos eventuais prejuízos sofridos com a execução.

A PEC opta por celeridade ao invés de efetividade. Pretende agilizar o processo garantindo a “execução definitiva antecipada”, mas sem nenhuma garantia, de fato, em caso de reversibilidade da decisão executada.

Desconsidera, ainda, o instituto da coisa julgada, garantia constitucionalmente prevista como cláusula pétrea, violando a segurança jurídica e o próprio Estado Democrático de Direito.

¹⁶ Aqui vale lembrar o sentido da palavra adotado por Lenio Streck, relativo às “razões e motivos para a aprovação da PEC”. Vide STRECK, Lenio Luiz. A pec 37 e a “emepêfobia” ou “que tal uma outra PEC?”. **Consultor Jurídico**. 16 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-16/senso-incomum-pec-37-emepéfobia-ou-tal-outra-pec>>. Acesso em: 06 ago. 2013.



Parece, portanto, irrefutável a inconstitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição 15 de 2011.

Por outro lado, com o fito de atender o clamor da sociedade brasileira, acredita-se que existem outras formas de se combater a morosidade da Justiça.

Empregam-se como exemplos as formulações de Mauro Cappelletti (1988, p. 71), ao dispor que o “enfoque do acesso à Justiça” deve observar “mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”.

O que impressiona, finalmente, é esta dificuldade contínua em pensar sobre meios para se buscar uma Justiça célere, sem que isto implique em violação de direitos e garantias fundamentais.

Basta observar a Proposta de Emenda à Constituição nº 15 de 2011, que ao tentar combater a morosidade do Poder Judiciário, resvala em garantias constitucionais impossíveis de modificação.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5: arts. 476 a 565.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA, Rui. Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, DF. **Obras completas de Rui Barbosa**. 1892. v. 19, t. 3, p. 42. Disponível em: <www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/ruimostrofrasesrui.edc?CodFrase=145>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional e papel do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. tomo I.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, DF, mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.



- BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Aloysio Nunes. **Relatório da PEC nº 15 de 2011 – CCJ**. Brasília, DF, 06 jul. 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/93054.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.
- BUENO. Cássio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.
- BUENO. Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 4ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA, Andréia Lopes de Oliveira. Execução na pendência do julgamento dos recursos extraordinário e especial. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **Comentários ao código de processo civil**. v. 7: do processo de conhecimento - arts. 496 a 565 (coordenação de Ovídio Araújo Baptista da Silva). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Notas relativas do direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A relevância dos “motivos” e da ideia chiovendiana de “bem da vida” para a delimitação da coisa julgada material. *In*: Luiz Guilherme Marinoni. **Soluções práticas de direito – pareceres**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Ainda a PEC dos recursos. **Jornal do Commercio**. 04 jul. 2011. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/article.php?id_article=1230&var_recherche=medin>. Acesso em: 06 ago. 2013.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil de 1939**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. tomo VIII (arts. 539 a 565).



A busca pela celeridade da justiça...

- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil de 1939**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. tomo VII (arts. 496 a 538).
- NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed., atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. I - Recursos no processo civil.
- PELUSO, Cezar. Em defesa de uma justiça eficiente. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 06 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em: 06 ago. 2013.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 46-155.
- SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Faya Silveira Bedê (Coord.). **Constituição e democracia – estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. A PEC 37 e a “emepêfobia” ou “que tal uma outra PEC?”. **Consultor Jurídico**, 16 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-16/senso-incomum-pec-37-emepefobia-ou-tal-outra-pec>>. Acesso em: 06 ago. 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.



REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: AS ELEIÇÕES PRIMÁRIAS NA REPÚBLICA ARGENTINA^{1/2}

REPRESENTACION Y PARTICIPACION POLITICA: LAS ELECCIONES PRIMARIAS EN LA
REPUBLICA ARGENTINA

Prof. Dr. Carlos D. Luque³

Resumo

Antes de uma abordagem minuciosa do assunto, serão apresentados os antecedentes das denominadas ou reconhecidas eleições P.A.S.O (eleições primárias, abertas e simultâneas), implementadas em 2009 por meio de uma reforma política e eleitoral pela Lei 26.571, denominada “Lei da Democratização da Representação Política, Transparência e Igualdade Eleitoral”. Entendendo o contexto da lei 26.571 vamos analisar de forma descritiva o comportamento da norma no único momento que foi utilizada, quanto ao procedimento eleitoral das eleições nacionais (incluídas as presidenciais) de 2011, visando alguma opinião conclusiva a respeito de sua vigência, validade, e sobretudo, de sua permanente legitimidade em nosso sistema jurídico. Introduzindo o tópico é que nós nos contextualizamos sobre os antecedentes doutrinários mais relevantes das eleições primárias na República Argentina.

Palavras-chave: Representação Política; Argentina; Partidos Políticos.

¹ Trabalho submetido em 18/05/2013, pareceres finalizados em 13/06/2013, aprovação comunicada em 13/09/2013.

² Tradução do texto "Representación y participación política: las elecciones primarias en Argentina", originalmente publicado em: Suplemento El Derecho Constitucional de la Revista Jurídica El Derecho, Buenos Aires - Argentina, maio de 2013. Tradutor: Manuel Restrepo. Revisores: Rafael dos Santos-Pinto e Ilton Norberto Robl Filho.

³ CARLOS DANIEL LUQUE – MEMBRO DA ASSOCIAÇÃO ARGENTINA DE DIREITO CONSTITUCIONAL Advogado da Universidade Nacional do Nordeste (UNNE) – Argentina. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Nacional do Nordeste. Professor de Direito Constitucional na Extensión Áulica de la Ciudad de Esquina - Corrientes da Faculdade de Direito da Universidade Nacional do Nordeste. Doutorando em Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica Argentina Especialização em Direito Constitucional e Procesal Constitucional na Universidade Católica de Salta, campus Buenos Aires (2004-2005). Especialização em "Aspectos Constitucionales de la Unión Europea y el Mercosur" por el Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional da Universidade Complutense de Madri, Espanha (2010). Assessor Jurídico – Defensor do Povo da Nação Argentina (2005-2006). Assessor Jurídico do Senado da Nação Argentina (2008-2009). Assessorou ao Poder Executivo da Provincia de Corrientes para Reforma da Constituição Provincial (2007). Realizou cursos de Pós-graduação na Universidade de Buenos Aires (2005-2006). E-mail: <carlosdluque@hotmail.com>



Resúmen

Nos introducimos en tema comentando que se hará, en la medida de lo posible, un breve relato sobre el recorrido que han tenido en nuestro país las actualmente denominadas o reconocidas como elecciones P.A.S.O. (elecciones primarias, abiertas, simultaneas y obligatorias). Las mismas, como veremos más ampliamente, se implementaron finalmente en 2009 como parte de lo que se dio a conocer en su momento como reforma política y electoral y que se plasmó en la Ley 26.571 denominada “Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral”. Es así que logrado el objetivo de bosquejar todo lo que precedió a la vigente Ley 26.571 decididamente entraremos a analizar lo más descriptivamente posible el comportamiento de dicha norma en la única oportunidad que tuvo de ser utilizada en cuanto al procedimiento electoral que ella manda se refiere y que como todos sabemos han sido las elecciones nacionales (presidenciales incluidas) del año 2011, tratando de llegar a algún tipo de opinión conclusiva que aporte a su vigencia, validez pero sobre todo a su permanente legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico. Introducido el tema es que nos abocamos seguidamente a dar cuenta de los antecedentes doctrinarios más importantes que han tenido las elecciones primarias en la República Argentina.

Palabras-clave: Representación política; Argentina; Partidos Políticos.

I INTRODUÇÃO

Antes de uma abordagem minuciosa do assunto, serão apresentados os antecedentes das denominadas ou reconhecidas eleições P.A.S.O (eleições primárias, abertas e simultâneas), implementadas em 2009 por meio de uma reforma política e eleitoral pela Lei 26.571, denominada “Lei da Democratização da Representação Política, Transparência e Igualdade Eleitoral”.

Previamente à lei o assunto tinha sido abordado durante quatro décadas, aproximadamente. Entretanto, devem ser ressaltadas as enormes contribuições da doutrina nacional especializada, assim como da tentativa ou ensaio legislativo, embora este não tenha sido considerado na hora do seu funcionamento.

Entendendo o contexto da lei 26.571 vamos analisar de forma descritiva o comportamento da norma no único momento que foi utilizada, quanto ao procedimento eleitoral das eleições nacionais (incluídas as presidenciais) de 2011, visando alguma opinião conclusiva a respeito de sua vigência, validade, e sobretudo, de sua permanente legitimidade em nosso sistema jurídico.

Introduzindo o tópico é que nós nos contextualizamos sobre os antecedentes doutrinários mais relevantes das eleições primárias na República Argentina.



II ORIGEM DO ASSUNTO NA REPÚBLICA ARGENTINA (DOCTRINA SPOTA)

Como mencionado, a origem crítica deste trabalho é doutrinária. Foi na década de 70, mais exatamente em 1971, que ficou registrado de forma científica o primeiro estudo sobre as eleições primárias na República Argentina.

O primeiro avanço foi dado no âmbito da “Comissão Assessora para reforma institucional”, obras que posteriormente foram editadas sob o título: “Comissão Assessora da Reforma Institucional, pareceres e antecedentes” pelo Ministério do Interior em maio de 1971⁴.

A comissão estava composta por renomados juristas mas quem escreveu o estudo sobre a possibilidade real de eleições primárias e abertas foi o mestre Alberto Antonio Spota, que reciclou os ditos trabalhos e que foram publicados novamente pela editora La Ley em 1990 sob o título “Eleições primárias, obrigatórias e simultâneas”⁵.

A obra do professor Spota é muito importante por vários motivos, entre eles, porque, como mencionado, o assunto não era abordado com o rigor científico que lhe atribuem, porque nesta ocasião se fundamenta o assunto com outras exigências para seu adequado funcionamento mas também porque o professor tem, na minha opinião, uma contradição com suas publicações mais relevantes, que não serão contempladas neste trabalho, ao tentar justificar e defender o não avançar das instituições alheias a nossos costumes em nosso sistema jurídico.

Na década de 80 e após o retorno da democracia foram propostos projetos de lei para criação das eleições primárias e abertas, “mas nos casos que faço referência e que conheço não se tem destacado a obrigatoriedade do voto, e não aparece reconhecida sua importância e transcendência, essa caracterização – a obrigatoriedade do voto nas primárias – como elemento básico dinâmico que é a essência do sistema e é um requisito”⁶, sendo a primeira justificativa de Spota a favor deste sistema.

⁴ COMISIÓN ASESORA DE LA REFORMA INSTITUCIONAL DICTÁMENES Y ANTECEDENTES; Ministerio del Interior, Imprenta del Congreso de la Nación Argentina, Bs. As., 1971.

⁵ SPOTA, Alberto Antonio; Elecciones primarias, abiertas, obligatorias y simultaneas, LA LEY 1990-D, 744, pág. 1.

⁶ SPOTA, Alberto Antonio; Elecciones primarias, abiertas, obligatorias y simultaneas, LA LEY 1990-D, 744, pág. 2.



A obrigatoriedade é quase inevitável, uma vez que se nosso sistema eleitoral nacional reconhece nas suas eleições gerais a obrigatoriedade do voto, e se as primárias não tivessem essa exigência, seria como introduzi-las no sistema jurídico totalmente danificadas, porque a obrigatoriedade de votar é precisamente a natureza do sufrágio.

O professor Spota propôs algumas características essenciais para o modelo de primárias:

- O ato de eleição de candidatos será, como diz, em primeira e única oportunidade, uma única vez, no distrito em relação a cada eleição nacional a ocorrer.
- A designação de candidatos é reservada e exclusiva para os partidos ou movimentos políticos e é privativa deles. Substituem os candidatos extrapartidários que não são motivo desta legislação.
- Não se podem incorporar pré-candidatos extrapartidários à listas dos partido.
- A lei garante para os membros de cada partido a possibilidade de se candidatar como pré-candidato em exigência aos seguintes requisitos:
 1. Antiguidade de, pelo menos, dois anos.
 2. Apoio do próprio partido, entre os membros, com no mínimo 1% do padrão correspondente ao distrito em que vai se candidatar.
 3. Plataforma eleitoral adequada ao partido⁷.

Desta forma apresentava-se o primeiro esboço de um estudo sério sobre a implantação das eleições primárias e abertas em nosso país, proposta pela Comissão e pelo citado professor de Buenos Aires, e como acontece no Direito, teria suas objeções.

⁷ Idem; op cit.



Naquela época as objeções foram importantes, mas gostaria de apresentar, no meu juízo, a mais relevante para nós que como mencionado constitui uma grande contradição no assunto, não menor ao trabalho escrito pelo professor Alberto Spota. A objeção centra-se na falta de antecedentes nacionais do assunto (quando a proposta foi editada inicialmente assim como na reedição em 1990).

Podemos afirmar que no momento de estudar o tema não havia no nosso país nenhuma lei que implementou esse sistema e que tenha sido aplicada com sucesso, ou seja, se reconhece a falta de experiência do sistema, como exposto por Spota, e dessa forma as objeções são válidas, uma vez que a inclusão de eleições primárias poderia significar uma inovação sem fundamento.

Certamente no nosso país e em toda sua história não houve nenhum exemplo de implantação de eleições primárias e abertas ou de outro sistema semelhante ou comparável.

O professor Spota refuta esta situação com as seguintes justificativas: “entendo que este não será o primeiro caso de incorporação no nosso sistema jurídico – político de instituições no decorrer da vida institucional.”

É tradicional na nossa vida política ter adotado e adaptado em nosso sistema político instituições de origem europeia ou norte-americana.”⁸.

Por exemplo, “se analisarmos o Projeto Federal de 1813 produzido sob influência de José Gervasio de Artigas, encontraremos, claramente, o quanto ele influenciou o ordenamento jurídico e constitucional norte-americano, com mistura de Confederação e Estado Federal.”⁹.

Ao analisar a constituição de 1953 e suas reformas de 1860, sem dúvida observaremos que, seja por meio do projeto prévio de Juan B. Alberdo – que se encontra na 2ª edição do seu livro de 1852 – ou por meio da influência direta da Constituição dos Estados Unidos e dos antecedentes nacionais, encontraremos nossa adaptação das instituições, que ajudaram na estrutura do nosso Estado, apesar dos fracassos e dificuldades do estado de direito, entre nós¹⁰.

⁸ Idem; op. cit.

⁹ SPOTA, Alberto Antonio; Elecciones primarias, abiertas, obligatorias y simultaneas, LA LEY 1990-D, 744, pág. 4.

¹⁰ SPOTA, Alberto Antonio; Elecciones primarias, abiertas, obligatorias y simultaneas, LA LEY 1990-D, 744, pág. 4.



Resumindo e esclarecendo sua linha de pensamento referente à introdução de sistemas desconhecidos ou pouco conhecidos em nosso país, Spota diz:

Gostaria de dar outro exemplo da importância para nosso tema, ao lembrar que o sistema federal não é exclusividade nossa. Ele foi importado dos Estados Unidos em 1813, baseada na obra do venezuelano Garcia de Sena, intitulada "*Justificación de la Independencia de la Costa firme habida 20 años ha*", con pie de imprenta en Filadelfia en 1811¹¹.

Esse sistema de governo foi aceito pela sociedade argentina pois foi o que melhor se adaptou às necessidades da época.

Por isso era aceita na Comissão além da "admissão" do sistema de eleições primárias e abertas, porque se entendia que seria um processo viável e aceitável, mas seria seu funcionamento a prova que a falta de antecedentes nacionais com relação às instituições importadas não é ou seria uma objeção a ser considerada.

Abrimos um pequeno parêntese para dizer que anos depois e com motivo da reforma constitucional de 1994, Alberto Spota foi quem mais estudou o assunto da conveniência da introdução ou não do Conselho da Magistratura na nossa constituição a partir dessa reforma.

O professor Spota expressava seu inconformismo ao trazer uma instituição da justiça europeia (administração de justiça) para um país com experiência e antecedentes da justiça norte-americana (onde existe um verdadeiro poder judicial).

Como exemplo, coloco o pensamento do professor Spota quanto a sua incorporação no nosso sistema jurídico:

Dentro e em função do sistema norte-americano e do nosso, o Conselho da Magistratura deve ser visto como uma instituição alheia ao sistema político e aos valores de base desse sistema de distribuição de poderes constituídos. Tudo isto evidencia que tentar encaixar um instituto como o Conselho da Magistratura (no nosso sistema de justiça) com os poderes que lhe confere art. 114 da Constituição Nacional seria semelhante ao tentar enxertar uma árvore de pêssego numa árvore de pêra¹².

¹¹ Idem, op. cit.

¹² SPOTA Alberto Antonio; El Consejo de la Magistratura, Separata de Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As, 1995, págs. 22-23.



Demonstrada a contradição continuaremos abordando o assunto das eleições primárias na República Argentina.

As conclusões doutrinárias passadas não são muito diferentes das que se expuseram para entrar em vigor no nosso país a norma que põe em funcionamento as eleições primárias, abertas, simultâneas e obrigatórias.

As eleições primárias serviram entre outros fatores, para reviver na vida política do cidadão a obrigação de votar por um candidato de um partido político de poder sem participação nenhuma ou o fortalecimento por meio destas eleições da vida interna e democrática dos próprios partidos políticos ante a possibilidade da não imposição dos simpatizantes de um candidato escolhido numa mesa pequena, isto também pode ser chamado de oxigenação dos partidos.

Sabemos que para melhorar o processo de representação devemos otimizar as eleições dos candidatos e para isso é que serve este sistema.

III 25.611: A LEI REVOGADA DO ANO 2002

Antes de abordar o comentário do que aconteceu com nossas eleições primárias da lei 26571 de 2009, explicaremos rapidamente outro ocorrido anterior, de 2002, e neste caso se trata de um elemento normativo, que é a lei 25611, que modifica a lei orgânica dos partidos políticos (23.298) a qual incluiu alguns esboços das eleições abertas.

É possível observar uma diferença no nome, uma vez que uma eleição interna é diferente de uma eleição “primária aberta”, além de ser uma consequência do primeiro, que ordenou a não obrigatoriedade do voto, ou seja, de caráter voluntário para as internas, que não é um tema menos importante como tem sido dito e justificado.

Outra diferença com as atuais eleições primárias é que as internas abertas ao ser regulamentadas, apenas os membros de cada partido e os cidadãos independentes podiam votar nas eleições primárias abertas simultâneas e obrigatórias podem votar todas aquelas pessoas habilitadas, ou seja, as mesmas que votam nas eleições gerais.

Embora existam estas diferenças, que são importantes para o debate e as justificativas, a realidade mostra que a lei 25.611 é apenas uma expressão de



desejos devido a que na primeira oportunidade e há menos de um ano de sua sanção em 2003 foi suspensa pela lei 25.648 sem justificativa e cinco meses depois entrou em vigência novamente.

Além disso, no dia 6 de dezembro de 2006 essa lei foi totalmente revogada, assim como os decretos, cancelando o regime de eleições internas abertas na República Argentina.

O mais interessante desta revogação relâmpago é sua fundamentação, para que quando se leia as versões da sanção das P.A.S.O por meio da lei 26.571 possa ser evidenciada a incoerência da legislação em nosso país.

Esta é, por conceito, a “fundamentação” da revogação da lei 26.511 pela lei 26.191 (ou debate que nunca aconteceu).

Senhor Presidente (López Arias). – corresponde considerar se vai se abordar por completo o projeto de lei que revoga a lei 25.611 de Internas Abertas e simultâneas, reestabelecendo a lei dos partidos políticos, número 23.298.

Pode falar o senhor senador Pichetto.

Sr. Pichetto. – Senhor presidente: os fundamentos são conhecidos e foram aprovados na Câmara dos deputados

Foi uma lei produto da crise que viveu o país, em que eram responsáveis de todos os males que ocorreram, assim como da debilidade que eles tinham no momento.

De fato, isso determinou que se revogasse a lei onde o Estado julgava em apenas um dia a realização de internas abertas e simultâneas para todos os partidos políticos.

O que tenho que dizer é que a lei nunca entrou em vigência, nunca cumpriu-se e sempre foi suspensa.

Ao revoga-la, os partidos receberam novamente o poder de decisão do processo de seleção de candidatos e especificamente seu mecanismo, que de forma geral são democráticos (em negrito, são meus)

Os partidos políticos tem desde o restabelecimento da democracia um sistema de eleições democrático para seleção de seus candidatos (em negrito, são meus)

Com esses fundamentos, peço que se vote por completo o projeto de lei.

Senhor Presidente (López Arias). – Se não fizer uso da palavra, vai se votar por completo.

Vota-se

- Senhor Presidente (López Arias). – Aprovado¹³

¹³ HONORABLE SENADO DE LA NACION, Versión Taquigráfica de la Sesión del día 6 de diciembre de 2009, Bs. As., www.senado.gov.ar



Em síntese, essa foi a história do único antecedente normativo das leis 26.571 e 26.611 sobre as eleições internas abertas.

IV BREVE ANÁLISE DAS P.A.S.O NO SISTEMA ELEITORAL ARGENTINO

Em princípio, a reforma eleitoral introduzida pela lei 26.571 denominada “Lei da democratização da Representação Política, a Transparência e a igualdade eleitoral” buscava parar a divisão dos partidos políticos, uma vez que existiam 656 partidos no momento da sanção da norma. Por outro lado, a fundamentação nuclear de poder impor essa reforma estava no fato de democratizar os partidos políticos ou sua competência interna, o que poderia ser alcançado colocando de fora os partidos e os mecanismos de designação de candidatos, deixando apenas um procedimento, por meio das P.A.S.O.

Dessa forma é implementado em nosso país o novo sistema eleitoral com as eleições nacionais em agosto de 2011, nas quais foram escolhidos presidente, vice-presidente, deputados nacionais na Argentina e senadores nacionais em oito províncias (Buenos Aires, Formosa, Jujuy, La Rioja, Misiones, San Juan, San Luis e Santa Cruz).

Outro objetivo dessa reforma era aumentar os requisitos, e de fato foi, para obter e conservar a representação do partido evitando a proliferação de partidos “laranjas” (*Kiosques*) para candidatos, diminuindo o número e quantidade de partidos existentes.

Além disso, serviria para evitar a divisão dos líderes políticos na hora de decidir as candidaturas, assim sendo o cidadão teria mais poder para escolher os candidatos para participar das eleições gerais.

A lei 26.571 teve um erro ao deixar utilizar listas coletoras habilitadas pelo regulamento e que são o conjunto de listas de diferentes partidos que postulam candidatos diferentes para uma categoria (deputados) e que ao mesmo tempo estão em outra categoria (geralmente presidente) na qual não é apresentado candidato próprio. Dessa forma deixou de ser um adequado sistema eleitoral, servido como pesquisa de opinião para saber o que aconteceria nas eleições.



Deve-se considerar que as P.A.S.O tiveram no momento de sua aparição uma alta participação dos eleitores, quase 80%, superando a média histórica e acima do nível das últimas eleições para presidente.

Podemos afirmar que o desenvolvimento das P.A.S.O ocorreu normalmente, no entanto se questiona se conseguiu atingir aqueles “princípios” propostos pelos responsáveis pelo projeto final que logo depois foi a lei 26.571, assim como aqueles que afirmavam que nela estava a solução para democratizar os partidos políticos e reestruturar o sistema de partidos assim como as opções eleitorais.

Em grande salto, mas com total convicção, afirmamos o que já deixamos implícito: não houve competência interna ou atuação interna dos partidos nem por quantidade nem qualidade, o que mal pôde ou poderia ajudar os partidos políticos a terem algum tipo de processo de "democratização" e o exemplo cabal disto é que todos os agrupamentos políticos que apresentaram candidato a presidente, que não foram mais que uma dezena de agrupamentos, elidiram o confronto interno na primária e foram todos com lista única, de forma que se o legislador teve alguma vontade contrária contra o ocorrido esta foi fulminada pela realidade.

Somos cientes de que houve uma eleição prévia, conhecendo a opinião das pessoas antes das eleições de outubro de 2011, assim as P.A.S.O funcionaram pela primeira vez, na qual houve uma grande concorrência ou instância de concorrência entre os grupos e/ou partidos mais importantes, com a possibilidade de obter o poder institucional ao invés de servir como prévia da verdadeira seleção de candidatos para participar nas gerais. Essa é, em grande medida, uma das maiores fraquezas do nosso sistema eleitoral.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o debate nunca termine, acredito que estamos opinando sobre um dos defeitos e suas consequências sobre as P.A.S.O com alguns pontos negativos: a falta de renovação da “democracia interna” dos partidos políticos e da má estratégia na “seleção de candidatos” nos partidos (apresentando listas únicas em todos os casos para presidente) nas eleições, impossibilitando a oxigenação por meio de novos e melhores candidatos.



Depois, os partidos políticos deveriam estabelecer as normas de concorrência interna, para evitar confrontos nos partidos e não demitir ao candidato derrotado nas primárias, pois poderia influenciar seus resultados nas eleições gerais, e a derrota na primária gera, frequentemente, divisões. Enquanto a concorrência presidencial primária é realizada a legislação poderia ser reformulada, visando de alguma forma atrair o candidato derrotado e sua linha interna a ocupar os lugares remanescentes nas vagas evitando a divisão ou a deterioração das relações que se produzem nas primárias. O mesmo poderia ocorrer na lista de legisladores de um partido na qual tenha representação proporcional com base no resultado da primária.

O sistema de eleições primárias abertas obrigatórias foi proposto para libertar aos cidadãos de todo o cativo eleitoral, e principalmente, melhorar o processo de representação e oxigenar e obrigar os diretores dos partidos realizar melhor as tarefas e cumprir com melhores objetivos, na prática, além de oferecer a possibilidade de melhorar o processo de representação obriga realmente aos líderes políticos assumir processos de excelência assumindo o risco de deixar o cargo e inclusive deixar o partido sem força política¹⁴.

Não podemos esquecer que no mundo atual um dos problemas mais importantes para o funcionamento eficaz do estado de direito está em necessidade de melhorar o processo de representação. Para conseguir isto é preciso tentar os caminhos lógicos. E parece que este sistema esta indo por esse caminho.

Estas são algumas ideias para fortalecer a discussão que deveria ser feita, superando a medida de “seriedade” em nosso país sobre o sistema eleitoral de primárias abertas em vigor hoje na Argentina.

¹⁴ SPOTA, Alberto Antonio; op. cit., pág. 16.



REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

**Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia
Brasileira de Direito Constitucional***

**Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da
Academia Brasileira de Direito Constitucional***

**Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição,
Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de
Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of
the Brazilian Academy of Constitutional Law)**

A *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (ISSN 2177-8256, disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>), com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês e espanhol para a publicação do seu sexto número até 01 de Julho, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)



La *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (ISSN 2177-8256, disponible en: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>), con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés y español para la publicación de su sexto número hasta 01 de julio,, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Asistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ISSN 2177-8256, available at: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English and Spanish to be published to be published in its sixth edition until July 1st, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto – Assistant Editor (rafael@abdconst.com.br)

Português - Linha Editorial:

O periódico científico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.



Missão:

A missão da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é incentivar a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola Law and Economics.

Avaliação dos Artigos:

Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o Double blind peer review, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista.

Envio dos Trabalhos Científicos:

Todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico: <trabalhosabdconst@googlegroups.com>.



O email deve obrigatoriamente conter nome completo e dados para contato do autor. Deve ser enviado o trabalho em versão aberta (. doc e similares) bem como acompanhar os termos de cessão assinados disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/editais.php>>

Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade:

Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

Identificação dos autores:

Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

Principais Normas Editoriais de Formatação:

Os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;



Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto:

Os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;



Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.

Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

Conselho Editorial:

Editor Responsável: Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Adjunto da UFPR e da UPF, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).



Membros do Conselho Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC).

António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra).

Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR).

Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP).

Marco Aurélio Marrafon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR).

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR).

Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público).

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale).

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

Español - Línea Editorial:

La publicación periódica científica *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.



Misión:

La misión de Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela Law and Economics.

Evaluación de los Artículos:

Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación blind peer review que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercero parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista.

Envío de los Trabajos Científicos:

Todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente



dirección <trabalhosabdconst@googlegroups.com>, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST; y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad:

Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

Identificación de los autores: os autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artículo. Cada nombre debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de ensino, ciudad, estado y país) y datos para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizándose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.

Principales Normas Editoriales y su Formato:

Los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;



Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto:

Los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes del texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se



encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

Consejo Editorial:

Editor Responsable: Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la Academia Brasileira de Direito Constitucional, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de



Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (Universidade Federal do Paraná).

Miembros del Consejo Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina) y Doctor en Derecho por la UFSC.

Antônio José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la Faculdade de Direito de Coimbra, Doctor Honoris Causa por la UFPR y Doctor en Derecho por la Faculdade de Direito de Coimbra.

Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR.

Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo) y Doctor en Economía por la USP.

Marco Aurélio Marrafon. Presidente de la Academia Brasileira de Direito Constitucional, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (Universidade do Estado de Rio de Janeiro) y Doctor en Derecho por la UFPR.

Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR.

Marcus Firmino Santiago es Profesor en el Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (Universidade Gama Filho).

Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale.

Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (Universidade do Estado de Rio de Janeiro) y Doctor en Filosofía por la UGF (Universidade Gama Filho).



English - Editorial line:

The Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica* da Academia Brasileira de Direito Constitucional publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

Mission:

The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica* da Academia Brasileira de Direito Constitucional is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

Evaluation of Articles:

Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematical relevance to the Journal.



Sending Scientific Papers:

Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email trabalhosabdconst@googlegroups.com, along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

Transfer of copyright and declaration of responsibility:

Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

Identification of the authors:

Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

Main Editorial Rules for Formatting:

Works must be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.



- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

Editorial Rules for Text Structure:

Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot



- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)
- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary
- Tables or graphics: refer to "normas de apresentação tabular" (tabular presentation rules), published by IBGE.
- The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.

Editorial Council:

Chief Editor: Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members:

Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC).

António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD Honoris Causa from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law).

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR).



Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP).

Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR).

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR).

Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF).

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho).

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University).

Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).



Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – karla.kariny@gmail.com