ANO IV – N.º 08

JUS SCRIPTUM

Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda

JAN/MAR
2008

Revista Jurídica
NELB

Jus Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5
Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 4 • Volume 4 • Número 8
Jan-Mar 2008 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2007/08

Luciana Lois Santos Rodrigues, Presidente
Fábio Zech Sylvestre, Vice-Presidente
Fábio Sampaio Capela, Secretário-Geral
Felipe Teixeira Neto, Diretor Científica
Bibiana Brum Ohira, Diretora Social
Anna Karine Turbay Palodetto, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto
Prof. Doutor Fernando Araújo
Prof. Doutor Jorge Miranda
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão
Profa. Doutora Maria Fernanda Palma
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Conselho Deliberativo:
João Hélio Ferreira Pes
Lauren Lautenschlager
Raul de Mello Franco Junior

Conselho Executivo:
Julia Pereira Chaves
Michelle Fontenelle Bezerra Guedes

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal

SUMÁRIO

NOVO REGIME DO CONTRATO DE SEGURO EM PORTUGAL - Pedro Romano Martinez 05

NOVOS ASPECTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO - Gilmar Ferreira Mendes 20

PODER CONSTITUINTE – Luís Roberto Barroso 55

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM 2007: NOVIDADES NO PLANO INTERNACIONAL E INTERNO - Nadia de Araújo, Daniela Vargas e Lauro Gama 76

SÚMULA VINCULANTE E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: UMA QUESTÃO DA SOBERANIA - Martonio Mont'Alverne Barreto Lima 93

AUTODETERMINAÇÃO INDIVIDUAL E TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS – ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS - Eduardo Rocha Dias 101

A PREVALÊNCIA DO DIREITO À IDENTIDADE: O NOVO PROCESSO DE FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL NO PERU E SUA PERSPECTIVA DE APLICAÇÃO NO BRASIL - Maria Berenice Dias e Marianna Chaves 120

A FRAUDE MATERIAL NA UNIÃO ESTÁVEL E CONJUGAL - Rolf Hanssen Madaleno 134

O CARÁTER EXTRAPATRIMONIAL DO DANO AMBIENTAL NO BRASIL. A QUANTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO EM NOME DA COLETIVIDADE - João Hélio Ferreira Pes e Mariano Bertoldo Simonetti 152

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM ROTA DE COLISÃO E O SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS SOB A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA - Fábio Zech Sylvestre 167

LIMITES E TÉCNICAS DE CONTENÇÃO À INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA - André Sady 199

Novo regime do contrato de seguro em Portugal

Pedro Romano Martinez
Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa,
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, Portugal.

INTRODUÇÃO

Por Despacho n.º 22 409/2006, de 22 de Setembro de 2006, do Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças, Mestre Carlos Manuel da Costa Pina, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 213, de 6 de Novembro de 2006, foi constituída a Comissão de Revisão do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

Do referido Despacho consta:

«A legislação respeitante ao regime dos seguros carece de uma urgente revisão, não só pelo facto de uma parte das normas reguladoras constarem ainda do Código Comercial de 1888 – não tendo, por isso, acompanhado a evolução dos últimos 120 anos – como igualmente por terem surgido múltiplos diplomas, muitos deles já desactualizados, mercê de intervenções pontuais e fraccionadas do legislador, que regulam aspectos do contrato de seguro com perspectivas diversas, nem sempre distinguindo as questões institucionais e materiais relativas ao direito dos seguros.

Tendo em conta a referida desactualização das normas aplicáveis, mormente as constantes do Código Comercial, e a referida proliferação de fontes, justifica-se uma reforma do regime do contrato de seguro, procedendo à revisão e sistematização de muitas das regras dispersas.

A reforma do regime respeitante aos seguros desde há muito que vem sendo reclamada por diversas entidades e prometida por sucessivos governos. De facto, no artigo 7.º do Decreto n.º 17555, de 5 de Novembro de 1929, foi incumbida a então criada Inspecção de Seguros de elaborar um Código de Seguros, onde se reunissem todas as disposições referentes à constituição e funcionamento das sociedades seguradoras e ao contrato de seguro. A solução foi reafirmada no Parecer n.º 13/X, da Câmara Corporativa, relativo à proposta de Lei n.º 10/X, sobre a actividade seguradora. Em 1992, no Livro Branco sobre o Sistema Financeiro – Seguros e Pensões, equacionava-se igualmente a hipótese de ser elaborado um código dos seguros, não obstante terem ocorrido diversas iniciativas com vista à aprovação de um regime jurídico do contrato de seguro, designadamente o projecto publicado em 1971 pelo Dr. Moitinho de Almeida, ou o articulado proposto pelo Dr. Mário Raposo em 1991 e revisto em 1996, que incluía uma codificação de todos os tipos de seguros, dada a amplitude da matéria. Por seu turno, mais recentemente, no Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho, fazia-se alusão a «uma lei sobre as bases gerais do contrato de seguro, que se encontra em preparação».

O contexto descrito bem como os desenvolvimentos verificados a nível comunitário impuseram o relançamento dos trabalhos de preparação do regime jurídico do contrato de seguro pelo XIII Governo Constitucional, tendo para o efeito sido constituída, com base em despacho de 10 de Julho de 1998 do então Ministro das Finanças, Prof. Doutor António de Sousa Franco, uma Comissão de Reforma do Contrato de Seguro, no seguimento da qual foi depois constituído um grupo de redacção, nomeado em 2000, tendo por objecto um anteprojecto elaborado pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro.

Considerando, por fim, que a situação actual, traduzindo o desfasamento do corpo normativo vigente face às necessidades do sector e dos consumidores, bem como, em geral, à evolução dos seguros no plano institucional e de mercado, impõe-se por isso, ouvidos o Instituto de Seguros de Portugal e a Associação Portuguesa de Seguradores, uma nova iniciativa no sentido de, tendo em conta os trabalhos já produzidos e o património que o seu conteúdo representa, avançar em termos definitivos com a reforma do regime jurídico do contrato de seguro, concluindo assim o trabalho interrompido desde 2000.

Nestes termos, determino o seguinte:

1 - É criada a Comissão de Revisão do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, tendo por objecto a preparação de um anteprojecto de diploma relativo ao contrato de seguro.

2 - A referida Comissão é constituída por:
a) Prof. Doutor Pedro Romano Martinez, que coordena;
b) Mestre Maria Leonor Saldanha Pereira Carreira da Cunha Torres, em representação do meu Gabinete;
c) Dr. Arnaldo da Costa Oliveira e Dr.ª Eduarda Ribeiro, em representação do Instituto de Seguros de Portugal;
d) Dr. José Pereira Morgado e Dr. José Vasques, em representação da Associação Portuguesa de Seguradores;
e) Mestre Pedro Múrias;
f) Mestre José Miguel Alves de Brito.
3 - O apoio administrativo e organizacional ao grupo de trabalho é prestado pelo meu Gabinete.
4 - O grupo de trabalho deve apresentar um relatório intercalar até Fevereiro de 2007, devendo o relatório final e o projecto de articulado serem apresentados até Julho de 2007.»

A Comissão teve a sua primeira reunião no dia 4 de Outubro de 2006, tendo os trabalhos, com reuniões semanais, perdurado até ao final de Julho de 2007. A 25 de Julho de 2007, foi apresentado um projecto que esteve em discussão pública até final de Setembro de 2007. A Comissão voltou a reunir durante os meses de Outubro e Novembro e, por fim, no dia 9 de Janeiro de 2008, apresentou um projecto reformulado, que se publica nesta revista jurídica para memória futura.

Antecede o projecto um texto explicativo do mesmo, que além de indicar muitas das opções tomadas, faz uma resenha histórica da legislação sobre seguros com uma explicação sucinta da situação actual.

O referido projecto veio a ser aprovado em Conselho de Ministros no dia 24 de Janeiro de 2008, com algumas alterações de pormenor e a inclusão de cinco preceitos relativos ao seguro de grupo contributivo.

Publica-se, de seguida, a nota explicativa apresentado pela mencionada Comissão. O projecto, também apresentado pela Comissão, atendendo à sua extensão e ao facto de se encontrar publicado na Revista *O Direito*, não é incluído em anexo. Acresce que, como se aguarda para breve a publicação no *Diário da República* do diploma – muito idêntico ao projecto da Comissão –, parece preferível remeter para essa publicação. Diversamente, o preâmbulo do diploma, ainda que baseado na nota explicativa aqui incluída, foi drasticamente amputado de muitas das considerações dela constantes, particularmente as explicações de ordem histórica, razão pela qual se publica o texto em versão integral.

NOTA EXPLICATIVA DO PROJECTO

I. O seguro tem larga tradição na ordem jurídica portuguesa. Sem descurar o tratado de seguros de Pedro de Santarém (*Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus* ou *Tractatus de Assecurationibus et Fideissionibus Mercatorum*), redigido em 1488 e publicado em 1552, pioneiro na análise das questões jurídicas do seguro e que influenciou sobremaneira as várias legislações, nomeadamente as portuguesas, durante cinco séculos, tem-se entendido que a primeira lei nacional dedicada aos seguros corresponde à Carta de D. Fernando de instituição da Companhia das Naus, em 1367. Além de diversas leis com especial repercussão no plano de fiscalização e judicatura da actividade seguradora, através da instituição do Escrivão de Seguros (1529), da Casa de Seguros (1573), do Consulado do Mar (1593) e da Junta de Comércio (1755), cabe atender à regulamentação do contrato de seguro constante, primeiro, do Código Comercial de 1833 e, seguidamente, do ainda em vigor Código Comercial de 1888 (Código Veiga Beirão).

Ferreira Borges, na apresentação do Código Comercial de 1833, refere que teve em conta as leis comerciais então vigentes na Prússia, em França, em Espanha e na Rússia e um projecto italiano, mas esclarece que a grande referência a recebeu de «preciosos monumentos da antiguidade escapados á fouce do tempo, e golpes do despotismo». No Código Ferreira Borges, a matéria respeitante aos seguros consta da Parte II (Comércio marítimo), mas incluindo muitas regras sobre regime geral e regimes especiais de seguros não marítimos, como o seguro contra fogo. Na referida Parte II, os seguros vêm regulados em dois títulos: no Título XIII (artigos I a LI) encontra-se a disciplina dos contratos de risco, os designados empréstimos a risco em que o dador de risco paga um prémio ao tomador do risco; e no Título XIV (artigos I a CXLI), regulamentam-se os contratos de seguro de risco. Neste extenso articulado, de quase duzentos artigos, nota-se uma nítida aproximação com as soluções indicadas por Pedro de Santarém, seguindo, porém, um estilo dispositivo.

Por sua vez, no Código Comercial de 1888, distinguindo-se os seguros marítimos dos restantes, de forma enxuta e em pouco mais de oitenta artigos, prescrevem-se as mesmas soluções que constavam da legislação precedente. Assim, o disposto nos artigos VI e VII do Título XIV do Código Comercial de 1833 corresponde à solução e até à terminologia constante do artigo 429.º do Código Comercial de 1888 – nomeadamente a expressão «seguro nulo», cujo sentido tem suscitado bastantes dúvidas, já constava da legislação de 1833 –; a mesma identificação de termos e soluções encontra-se por exemplo nos artigos XI, XII e XIII (Título XIV) com o artigo 426.º e no artigo XV (Título XIV) com o artigo 442.º dos dois códigos comerciais portugueses.

Sem atender a algumas intervenções legislativas na segunda metade do século XX, frequentemente relacionadas com a fiscalização da actividade seguradora, o regime do contrato de seguro resulta basicamente das soluções delineadas em 1833 que, por sua vez, eram tributárias da análise deste instituto feita por Pedro de Santarém no século XV.

II. Pelas razões indicadas, a legislação que estabelece o regime jurídico do contrato de seguro encontra-se desactualizada e, mercê de diversas intervenções legislativas em diferentes momentos históricos, nem sempre há harmonia de soluções.

Podem indicar-se vários diplomas que actualmente regulam o contrato de seguro, devendo distinguir-se aqueles que respeitam ao regime geral dos que prescrevem soluções para determinados tipos de contrato de seguro.

Relativamente ao regime geral do contrato de seguro, por ordem cronológica, podem indicar-se os seguintes diplomas, apesar de, não raras vezes, só alguns dos artigos desses diplomas respeitarem ao regime geral do contrato de seguro: Código Comercial (1888), artigos 425.º a 462.º; Decreto de 21 de Outubro de 1907 (Bases para o exercício da Actividade Seguradora); Lei n.º 2/71, de 12 de Abril (Lei de Bases da Actividade de Seguros); Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Junho (alterado pelos Decretos-Leis n.º 60/2004, de 22 de Março, e n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro), conhecido pelo Regime da Transparência nos Contratos de Seguros; Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril (republicado pelo Decreto-Lei n.º 251/2003, de 14 de Outubro e alterado pelos Decretos-Leis n.º 76-A/2006, de 29 de Março, n.º 145/2006, de 31 de Julho, n.º 291/2007, de 21 de Agosto, e n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro), sobre o Acesso e Exercício da Actividade Seguradora com diversas regras de regulação do contrato de seguro, em particular artigos 176.º a 193.º; Decreto-Lei n.º 142/2000, de 15 de Julho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 248-B/2000, de 12 de Outubro, Decreto-Lei n.º 150/2004, de 29 de Junho, e Decreto-Lei n.º 122/2005, de 29 de Julho, que o republicou e que, por sua vez, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 199/2005, de 10 de Novembro), sobre o

regime de pagamento de prémios; Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 359/2007, de 2 de Novembro), sobre o Regime Jurídico da Mediação de Seguros.

No âmbito da regulamentação de regimes especiais pode também fazer-se uma indicação exemplificativa de diplomas, atendendo aos que apresentam maior relevo prático: Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, sobre seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel; Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 143/99, de 30 de Abril, e complementada, quanto aos trabalhadores independentes, pelo Decreto-Lei n.º 159/99, de 11 de Maio, sobre seguro obrigatório de acidentes de trabalho; Código Comercial (artigos 447.º a 449.º) e Decreto-Lei n.º 20/96, de 19 de Março (alterado pelo Decreto-Lei n.º 23/2000, de 2 de Março), sobre seguros agrícolas; Código Comercial (artigos 442.º a 446.º), Código Civil (artigo 1429.º) e vários diplomas sobre seguro de incêndio; Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de Maio (várias vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 31/2007, de 14 de Fevereiro, que republicou o regime), sobre o seguro de crédito e caução; Código Comercial (artigos 595.º a 615.º) e várias regras internacionais sobre seguro marítimo.

III. A regulamentação do contrato de seguro constante do Código Comercial de 1888 – seguindo as soluções do precedente Código Comercial de 1833 – funda-se na perspectiva liberal baseada na igualdade formal das partes, às quais era reconhecida ampla autonomia dispositiva, pelo que a actuação do legislador, para lá de parca, deveria ser predominantemente supletiva e neutra relativamente às partes juridicamente iguais.

A regulação do contrato de seguro de 1888 (Código Comercial), sem se afastar da tradição nacional e mantendo em grande parte as soluções do Código Comercial de 1833, teve por influência predominante a lei belga de 1874 e o Código Comercial italiano de 1882.

O ideário liberal foi atenuado na maioria das intervenções legislativas noutros ordenamentos jurídicos no final do século XIX e começo do século XX, tendo em conta as limitações estabelecidas quanto às empresas de seguro: *v. g.*, Suíça (1885), Luxemburgo (1891), Alemanha (1901), Itália (1901), Suécia (1903), Brasil (1903), Dinamarca (1904), França (1905, embora exija um mero registo), Portugal (1907) e Espanha (1908). E mesmo em relação ao contrato de seguro, em alguns Estados houve alterações legislativas no sentido da limitação da autonomia privada, onde relevam concepções sociais, traduzidas na regulação legal do contrato de seguro mais detalhada e imperativa, por forma a defender o co-contratante da empresa de seguros, aceite como a parte (pelo menos tecnicamente) mais débil da relação contratual: Suíça (1908), Alemanha (1908), Grécia (1910), Áustria (1917), Suécia (1927), França (1930), Dinamarca (1930) e Itália (1942).

Refira-se ainda que, numa análise de direito comparado, as intervenções legislativas caracterizaram-se pela adequação da regulação estadual às novas realidades do contrato de seguro, como a afirmação dos seguros de responsabilidade civil, com destaque para o seguro automóvel, o incremento dos seguros obrigatórios – onde releva um novo valor da regulação dos seguros: o da protecção do terceiro lesado – e bem assim dos seguros de vida.

Actualmente, a situação europeia ao nível da regulação do contrato de seguro, com exclusão dos países de *common law*, pode ser caracterizada por uma dualidade de perspectivas.

Alguns Estados actualizaram recentemente a respectiva lei do contrato de seguro (seja alterando a legislação existente seja substituindo-a por nova regulamentação),

atendendo particularmente a dois aspectos: a protecção da parte débil na relação contratual de seguro, o co-contratante da empresa de seguros, por um lado, e as novas realidades do contrato de seguro, por outro. Ainda que a lei existente fosse já (parcialmente) tributária de um ideário «social» (por contraposição ao ideário «liberal»), muitas vezes em resultado de subsequentes alterações legislativas – casos de Espanha (1980, que substituiu a lei de 1885, e já foi várias vezes revista), Alemanha (1908, revista em 1982 e substituída por diploma de 2007), Bélgica (1992, que substituiu a lei de 1874), Holanda (1992, que substituiu a lei de 1838), França (leis de 1930 e de 1976, organizadas como *Code des Assurances*), Finlândia (1995) –, surgiram novos diplomas que implicaram a total revisão do regime do contrato de seguro.

Noutros países, cuja lei do contrato de seguro já se fundara num ideário «social», o regime não foi substancialmente alterado, procedendo-se tão-só a actualizações: Grécia (1910), Dinamarca (1930) e Itália (1942, com inovações relevantes em 2005).

Por último, há alguns países cuja lei do contrato de seguro, sendo tributária de um ideário liberal, se manteve em vigor, com ligeiras atenuações decorrentes de várias intervenções legislativas: é o caso de Portugal (1888) e foi, até 1998, o caso do Luxemburgo (1891).

IV. Não obstante ainda vigorar em Portugal a legislação do contrato de seguro do século XIX, o regime legal vigente não se encontra totalmente desajustado da realidade.

Em primeiro lugar, tem particular relevo uma atenuante prática da desactualização do Código Comercial de 1888, resultante de várias intervenções legislativas específicas, mormente na última década do século passado. A isto acresce que o predomínio da supletividade da legislação oitocentista facilitou a sua adaptação à evolução da prática.

Quanto à necessidade de limitar alguns aspectos da igualação material das partes no contrato de seguro, característica da legislação liberal, o legislador português foi intervindo – com maior ou menor carácter «social» (nomeadamente com recurso a normas imperativas) – em áreas específicas, muitas vezes no seguimento de directrizes comunitárias, seja por via legal ou regulamentar (mormente pela aprovação de apólices uniformes), como nos seguros de crédito e caução, de responsabilidade civil automóvel, de acidentes de trabalho, de colheitas, de incêndio em edifícios constituídos em propriedade horizontal, e de numerosos seguros de responsabilidade civil específica (do agente transitário, dos caçadores, por danos causados por instalações de gás, de entidades conservadoras de elevadores, etc.).

Além da intervenção específica, cabe igualmente atender à legislação de carácter geral, com particular incidência em sede de contrato de seguro. É o caso paradigmático da regulação geral do contrato a favor de terceiro (artigos 443.º e seguintes do Código Civil), cuja aplicação no âmbito da contratação seguradora, mormente no designado ramo «vida», constitui uma parcela muito importante da sua utilidade jurídica. Ainda neste âmbito de regras de carácter geral, com relevo significativo é de salientar o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), que impõe determinadas soluções de equilíbrio, tanto na formação como no conteúdo de contratos de seguro.

Refira-se igualmente como atenuante prática da vetustez das soluções legislativas do Código Comercial, o regime dos Decretos-Leis n.º 94-B/98, de 17 de Abril (em especial, artigos 176.º e seguintes) e n.º 176/95, de 26 de Julho. Por efeito da adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia (actual União Europeia) foram introduzidas várias alterações em sede de regime de seguros. O Mercado Interno dos Seguros implicou, também no âmbito do contrato de seguro, para os Estados-membros como Portugal a passagem de um regime de controlo material para um regime de

controlo predominantemente por meio do mercado, com a acentuação da transparência. Daí o regime da transparência dos contratos de seguro constante do *tandem* constituído pelos já mencionados Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, artigos 176.º e seguintes (e anteriormente pelo Decreto-Lei n.º 102/94, de 20 de Abril, artigos 168.º e seguintes), e Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho.

Assim, pode afirmar-se que o regime geral do contrato de seguro consta hoje de três sedes legais: em primeiro lugar, dos artigos 425.º a 462.º do Código Comercial de 1888; seguidamente de regimes gerais, como o Código Civil (artigos 443.º e seguintes) e a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais; por último, de regimes especiais estabelecidos em sede de seguros, mormente o Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril (Regime Geral da Actividade Seguradora) e o Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho (regime de transparência). No Decreto-Lei n.º 176/95, a cuja elaboração presidiram preocupações pragmáticas de tutela do consumidor de seguros, foram introduzidas alterações não só gerais – *v. g.*, consagração da regra supletiva da divisibilidade dos prémios de seguro (artigo 19.º), por contraposição à solução da indivisibilidade, característica da lei de 1888, ou o regime da fraude (n.ºs 4 e 5 do artigo 18.º) –, como também especiais – *v. g.*, princípio da cobertura mitigada dos riscos de posterioridade pelo segurador do risco de doença (n.º 2 do artigo 21.º) –; neste diploma cabe ainda salientar alterações pontuais, como a proibição de modificar a atribuição beneficiária a partir do momento em que o beneficiário adquire o direito ao pagamento das importâncias seguras (artigo 25.º).

Em suma, pode entender-se que as soluções, particularmente felizes, consagradas pelos legisladores de 1833 e de 1888, conjugadas com regras resultantes de regimes gerais (Código Civil e Lei das Cláusulas Contratuais Gerais) e de regimes especiais da actividade seguradora (Decreto-Lei n.º 94-B/98 e Decreto-Lei n.º 176/95), permitiram a construção de um regime globalmente positivo.

Todavia, além do óbice resultante de alguma dificuldade de adaptação de vários diplomas – elaborados em momentos diferentes e com finalidades distintas –, há que notar a existência de várias lacunas legislativas. Quanto às omissões, importa distinguir aquelas para as quais não está previsto regime supletivo (*v. g.*, regime geral da diminuição do risco), das que consubstanciam a convocação de regime supletivo (*v. g.*, regime de atribuição beneficiária no seguro de vida em benefício de terceiro ou cláusulas contratuais gerais) e carecem de uma particular adaptação.

V. A reforma do regime respeitante aos seguros desde há muito que vem sendo reclamada por diversas entidades e prometida por sucessivos governos. De facto, no art. 7.º do Decreto n.º 17555, de 5 de Novembro de 1929, foi incumbida a então criada Inspecção de Seguros de elaborar um código de seguros, onde se reunissem todas as disposições referentes à constituição e funcionamento das sociedades seguradoras e ao contrato de seguro. A solução foi reafirmada no Parecer n.º 13/X (1970), da Câmara Corporativa, relativo à proposta de Lei n.º 10/X (1970), sobre a actividade seguradora, fazendo expressa menção à necessidade de preparação de um código de seguros. Em 1992, no Livro Branco sobre o Sistema Financeiro – Seguros e Pensões, equacionava-se igualmente a hipótese de ser elaborado um código dos seguros. Por seu turno, mais recentemente, no Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho, fazia-se alusão a «uma lei sobre as bases gerais do contrato de seguro, que se encontra em preparação».

Tendo em vista o relançamento dos trabalhos de preparação do regime jurídico do contrato de seguro, o XIII Governo Constitucional, por despacho de 10 de Julho de 1998 do Ministro das Finanças, Prof. Doutor António de Sousa Franco, nomeou uma Comissão de Reforma do Contrato de Seguro. Nessa sequência, o actual Governo, por Despacho n.º 22 409/2006, de 22 de Setembro de 2006, do Secretário de Estado do

Tesouro e das Finanças, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 213, de 6 de Novembro de 2006, nomeou uma nova Comissão de Revisão do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

VI. Para a elaboração do Regime Jurídico do Contrato de Seguro foram tidos em conta, além da legislação nacional em vigor e das várias Directivas comunitárias neste sector, os três projectos portugueses de revisão do regime do contrato de seguro – projecto do Conselheiro Dr. Moitinho de Almeida, de 1971, projecto do Bastonário Dr. Mário Raposo, de 1991, revisto em 1996, e projecto do Prof. Doutor Menezes Cordeiro, de 1999 –, assim como algumas legislações estrangeiras e projectos, em discussão noutros países, de reforma do direito dos seguros. Concretamente, a Lei do Contrato de Seguro alemã, de 30 de Maio de 1908, a Lei do Contrato de seguro espanhola, de 8 de Outubro de 1980, a Lei do Contrato de Seguro belga, de 25 de Junho de 1992, a Lei do Contrato de Seguro finlandesa, de 28 de Junho de 1994, a Lei do Contrato de Seguro luxemburguesa, de 27 de Julho de 1997, o Código dos Seguros italiano, de 2005, bem como o designado Código dos Seguros francês e disposições do Código Civil italiano (artigos 1882 a 1932) e do Código Civil brasileiro (artigos 757 a 802). No que respeita a projectos em discussão, foram tidos em conta o projecto brasileiro (Projecto de Lei n.º 3555, de 2004) e o projecto alemão (Projecto do Ministério Federal da Justiça de Reforma do Direito do Contrato de Seguro, de 2006, convertido em lei de 2007).

VII. Tendo em conta o que foi anteriormente referido, a reforma do regime jurídico do contrato de seguro não pode corresponder a uma alteração substancial das soluções vigentes, e, por isso, sem descurar as múltiplas alterações propostas, o regime do contrato de seguro assenta primordialmente numa adaptação das regras em vigor, procedendo à actualização e concatenação de conceitos dos diversos diplomas, preenchendo certas lacunas.

Procedeu-se, deste modo, a uma consolidação do direito do contrato de seguro vigente, tornando mais acessível o conhecimento do respectivo regime jurídico, solucionando várias dúvidas, estabelecendo soluções para alguns casos omissos na actual legislação e, obviamente, introduzindo diversas soluções inovadoras. Importa referir que a consolidação e adaptação do regime do contrato de seguro teve especialmente em conta as soluções estabelecidas no direito comunitário, já transpostas para o direito nacional, com especial relevo para a protecção do tomador do seguro (segurado) nos designados seguros de riscos de massa.

Quanto a novas realidades – sabendo-se que o adjectivo «novo» é no domínio dos seguros muito relativo –, cabe atender a certos desenvolvimentos no âmbito dos seguros de responsabilidade civil, frequentemente associados ao incremento dos seguros obrigatórios. Por outro lado, foram tidos em conta alguns tipos e modalidades de seguros que se têm desenvolvido, como o seguro de grupo e seguros com finalidade de capitalização. Refira-se ainda a diversificação do papel de seguros tradicionais que, mantendo a sua estrutura base, são contratados com uma multiplicidade de fins.

VIII. Nesta reforma foi dada particular atenção à tutela do tomador do seguro (segurado) – como parte contratual mais débil –, sem descurar a necessária ponderação das empresas de seguros, que desenvolvem licitamente uma actividade industrial com finalidade lucrativa. O equilíbrio é sempre difícil, mas foram tomadas soluções que correspondem a uma tentativa de compromisso.

No âmbito da protecção da parte débil na relação de seguro, importa realçar dois aspectos. Em primeiro lugar, muito frequentemente, a maior protecção conferida ao

tomador do seguro (segurado) pode implicar aumento do prémio de seguro. Por outro lado, a actividade seguradora cada vez menos se encontra circunscrita às fronteiras do Estado português, sendo facilmente ajustado um contrato de seguro por um tomador de seguro português em qualquer Estado da União Europeia, sem necessidade de se deslocar para a celebração do contrato; ora, a indústria de seguros portuguesa não pode ficar em situação jurídica diversa daquela a que se sujeita a indústria seguradora de outros Estados da União Europeia. De facto, o seguro e o resseguro que lhe está associado têm características internacionais, havendo regras comuns no plano internacional, tanto quanto aos contratos de seguro como às práticas dos seguradores, que não podem ser descuradas.

Em suma, em especial nos seguros de riscos de massa, importa alterar o paradigma liberal da legislação oitocentista, passando a reconhecer explicitamente a necessidade de protecção da parte contratual mais débil. Não obstante se assentar na tutela da parte contratual mais débil, como resulta do que se indicou, cabe atender ao papel da indústria de seguros em Portugal. Pretende-se, por isso, evitar ónus desproporcionados e não competitivos para os seguradores, ponderando as soluções à luz do direito comparado próximo, mormente de países comunitários.

Também em aplicação dos designados princípios de *better regulation*, consolida-se num diploma o regime geral do contrato de seguro, evitando a dispersão e fragmentação legislativa e facilitando, como se indicou, o melhor conhecimento do regime jurídico por parte dos operadores.

IX. Relativamente à sistematização, o diploma encontra-se dividido em três partes: Parte geral, Seguro de danos e Seguro de pessoas, tendo as disposições finais relativas à aplicação no tempo e revogação de normas jurídicas transitado para o diploma de aprovação. Tendo em conta os vários projectos nacionais, assim como a legislação, mesmo recente, de outros países, mormente da União Europeia, em que a divisão estabelecida é entre seguro de danos e seguro de pessoas, pareceu preferível esta sistematização à que decorreria da legislação actual, em resultado da classificação vigente ao nível comunitário, que contrapõe os seguros dos ramos «vida» e «não vida». Quanto aos regimes especiais, incluem-se várias previsões neste diploma – tanto nos seguros de danos como nos seguros de pessoas –, não só aqueles que actualmente se encontram regulados no Código Comercial como também em diplomas avulso, com exclusão do regime relativo aos seguros marítimos; de facto, não se justificava a inclusão dos seguros marítimos (com excepção do transporte marítimo) neste diploma, não só pelas várias especificidades, muitas vezes resultantes da evolução histórica, como pelo tratamento internacional, a isto acresce que na regulação do regime do contrato de seguro em outros países tem sido esta a solução predominante.

Assim, no que se refere à sistematização, do Título I consta o regime comum do contrato de seguro, nomeadamente as regras respeitantes à formação, execução e cessação do vínculo. No Título II, relativamente ao seguro de danos, além das regras gerais, faz-se menção aos seguros de responsabilidade civil, de incêndio, de colheitas e pecuário, de transporte de coisas, financeiro, de protecção jurídica e de assistência. Por fim, no Título III, no que respeita ao seguro de pessoas, a seguir às disposições comuns, atende-se ao seguro de vida, ao seguro de acidentes pessoais e ao seguro de saúde.

A terminar as referências à sistematização, importa realçar que, de acordo com a função codificadora pretendida, o diploma contém regras gerais comuns a todos os contratos de seguro — inclusive aplicáveis a contratos semelhantes ao seguro *stricto sensu*, celebrados por seguradores —, regras comuns a todos os seguros de danos, regras comuns a todos os seguros de pessoas e, finalmente, regras específicas dos

subtipos de seguros. Estas regras específicas diminuem significativamente de extensão, devido às disposições comuns. Por exemplo, várias regras que surgiam a propósito do seguro de incêndio são agora estendidas a todos os seguros de danos, acompanhando, de resto, a prática interpretativa e aplicadora do Código Comercial.

X. No que respeita à harmonização terminológica seguiram-se algumas directrizes: em primeiro lugar, como regra, mantêm-se os termos tradicionais incontroversos (como «apólice», «prémio», «sinistro», «subseguro», «resseguro» ou «estorno»); por outro lado, usa-se tão-só «segurador» (em vez de «seguradora» ou «empresa de seguros»), contrapõe-se o tomador do seguro ao segurado e não se faz referência aos ramos de seguros. Pretendeu-se, nomeadamente, que os conceitos de tomador, segurado, pessoa segura e beneficiário fossem utilizados de modo uniforme e adequado aos diferentes problemas jurídicos da relação contratual de seguro.

O regime do contrato de seguro cumpre, assim, uma função de estabilização terminológica e de harmonização com as restantes leis de maior importância. Lembre-se que a antiguidade do Código Comercial e a proliferação de leis avulsas, bem como de diferentes influências estrangeiras, propiciou o emprego de termos contraditórios, ambíguos e com sentidos equívocos nas leis, na doutrina, na jurisprudência e na prática dos seguros. O novo regime unifica a terminologia usando coerentemente os vários conceitos e optando entre as várias possibilidades.

Diferentemente do que ocorre em alguma legislação influenciada por soluções estrangeiras, e seguindo, antes, a orientação tradicional das leis portuguesas, o regime do contrato de seguro não estabelece uma lista prévia de definições dos termos usados. Aliás, a principal objecção à inclusão destas definições é a de que, quando a lei as usa, se criem mais dificuldades do que as que se pretende evitar.

XI. O regime estabelecido tem em vista a sua aplicação primordial ao típico contrato de seguro, como resulta da enunciação constante do primeiro preceito do diploma. Nessa norma evitou-se intencionalmente uma definição de contrato de seguro. Dada a imensa discussão doutrinal e jurisprudencial desta questão – que não é «teórica», antes assumindo consequências práticas de monta –, optou-se por identificar os deveres típicos do contrato de seguro, assumindo que os casos de qualificação duvidosa devem ser decididos pelos tribunais em vista da maior ou menor proximidade com esses deveres típicos e da adequação material das soluções legais ao tipo contratual adoptado pelas partes. Atendendo, sobretudo, à crescente natureza financeira de alguns subtipos de «seguros» consagrados pela prática seguradora, é esta a solução adequada.

No que respeita ao âmbito, pretende-se estender a aplicação de algumas regras do contrato de seguro a outros contratos, relacionados com operações de capitalização. Ainda quanto ao âmbito, é intenção prescrever no diploma o regime comum, válido para todos os contratos de seguro, mesmo que regulados em outros diplomas; ou seja, aplicar as regras gerais aos contratos de seguro regidos por diplomas especiais.

Relativamente ao regime aplicável ao contrato de seguro, assentou-se apenas na consagração do regime específico, sem afastar a aplicação dos regimes gerais, nomeadamente do Código Civil e do Código Comercial. Razão pela qual se procedeu a uma remissão para regimes comuns, como a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais ou a Lei de Defesa do Consumidor, superando algumas dúvidas, por se entender que representa a solução mais adequada.

Foram introduzidas certas regras neste diploma tendo por justificação uma necessidade de enquadramento com outros regimes, nomeadamente com as regras da actividade seguradora. Assim, as regras de direito internacional privado, o regime da

mediação, o regime do co-seguro ou o regime do resseguro poderiam não ser incluídos no diploma, mas respeitando a questões relativas ao contrato de seguro e estabelecendo uma ligação com outros regimes, pareceu conveniente a sua inserção. No fundo, a inclusão de tais regras deveu-se em especial a uma função de esclarecimento e de enquadramento, tendo em vista o melhor conhecimento do regime. Apesar de primordialmente as referidas regras terem sido inseridas como modo de ligação com outros regimes, também introduzem soluções inovadoras, pretendendo resolver lacunas do sistema.

Superando o regime do Código Comercial, mas sem pôr em causa o princípio da liberdade contratual e o carácter supletivo das regras do regime jurídico do contrato de seguro, prescreve-se a designada imperatividade mínima: a solução legal só pode ser alterada em sentido mais favorável ao tomador do seguro (segurado). Regula-se, assim, numa secção autónoma, a imperatividade das várias disposições que compõem o diploma. Merece destaque a reafirmação da autonomia privada como princípio director do contrato, mas articulado com limites de «ordem pública» e de normas de aplicação imediata, assim como com as restrições decorrentes da explicitação do princípio constitucional da igualdade, através da proibição de «práticas discriminatórias», devidamente concretizadas em função da natureza própria da actividade seguradora.

O diploma integra uma disposição que estabelece um nexo entre o regime jurídico da actividade seguradora e as normas contratuais. Dispõe-se, pois, que são nulos os pretensos contratos de seguro feitos por não seguradores ou, em geral, por entidades que não estejam legalmente autorizadas a celebrá-los. Sublinha-se, contudo, que esta nulidade não opera em termos desvantajosos para o tomador. Pelo contrário, prescreve-se que o pretenso segurador continua obrigado a todas as obrigações e deveres que lhe decorreriam do contrato ou da lei, se aquele fosse válido. Esta solução, afastando alguma rigidez do regime civil da invalidade – rigidez essa, porém, que o próprio Código Civil e várias leis extravagantes já atenuam em sede de relações duradouras – é, por um lado, uma solução de protecção do consumidor, quando o tomador tenha esta natureza. Por outro lado, a regra projectada explicita o que já se poderia inferir do regime do abuso do direito, numa das modalidades reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, ou seja, a proibição da invocação de um acto ilícito em proveito do seu autor.

Procede-se a uma uniformização tendencial dos deveres de informação prévia do segurador ao tomador do seguro, que são depois desenvolvidos em alguns regimes especiais, como o seguro de vida. Na sequência dos deveres de informação é consagrado um dever especial de esclarecimento a cargo do segurador; trata-se de uma norma de carácter inovador, mas em que o respectivo conteúdo surge balizado pelo objecto principal do contrato de seguro, o do âmbito da cobertura.

No que respeita à declaração inicial de risco, teve-se em vista evitar as dúvidas resultantes do disposto no artigo 429.º do Código Comercial, reduzindo a incerteza das soluções jurídicas. Mantendo-se a regra que dá preponderância ao dever de declaração do tomador sobre o ónus de questionação do segurador, tempera-se com exigências ao segurador (nomeadamente impondo-se o dever de informação ao tomador do seguro sobre o regime relativo ao incumprimento da declaração de risco) e distingue-se entre comportamento negligente e doloso do tomador do seguro ou segurado, com consequências diversas quanto à validade do contrato. Neste âmbito, cabe ainda realçar a introdução do parâmetro da causalidade para aferir a invalidade do contrato de seguro e do já mencionado dever específico, por parte do segurador, de, aquando da celebração do contrato, elucidar devidamente a contraparte do regime de incumprimento da declaração de risco. Quanto à causalidade, importa a sua verificação para ser invocado

pelo segurador o regime da inexactidão na declaração inicial de risco e a consequente invalidade do contrato de seguro.

A matéria do risco, de particular relevo no contrato de seguro, surge regulada, primeiro, em sede de formação do contrato, seguidamente, na matéria do conteúdo contratual e, depois, a propósito das vicissitudes, mantendo sempre um vector: o risco é um elemento essencial do contrato, cuja base tem de ser transmitida ao segurador pelo tomador do seguro (ou segurado) atendendo às directrizes por aquele definidas. Quanto à alteração do risco, encontra-se uma previsão expressa de regime relativo à diminuição do risco e ao agravamento do risco, com diversidade de soluções e maior adequação das soluções aos casos concretos, bem como maior protecção do tomador, prescrevendo-se um regime específico, aliás muito circunstanciado, para a ocorrência de sinistro estando em curso o procedimento para a modificação ou a cessação do contrato por agravamento do risco.

Prescreve-se o princípio da não cobertura de actos dolosos, admitindo convenção em contrário não ofensiva da ordem pública.

Mantendo-se o regime da formação do contrato de seguro com base no silêncio do segurador, introduziram-se alguns esclarecimentos, de modo a tornar a solução mais justa e certa. Na realidade, subsistindo a solução do regime actual (artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Junho), foi introduzida alguma flexibilização susceptível de lhe conferir maior justiça, na medida em que se admite a não vinculação em caso de não assunção genérica dos riscos em causa pelo concreto segurador.

Sem pôr em causa o recente regime da mediação de seguros, aproveitou-se para fazer alusão expressa à figura da representação aparente na celebração do contrato de seguro com a intervenção de mediador de seguros e à eficácia das comunicações realizadas por intermédio do mediador.

Quanto à forma, e superando as dificuldades decorrentes do artigo 426.º do Código Comercial, sem descurar a necessidade de o contrato de seguro ser reduzido a escrito na apólice, admite-se a sua validade sem observância de forma especial. Apesar de não ser exigida forma especial para a celebração do contrato, bastando o mero consenso, mantém-se a obrigatoriedade de redução a escrito da apólice. Deste modo, o contrato de seguro considera-se validamente celebrado, vinculando as partes, a partir do momento em que houve consenso (por exemplo, verbal ou por troca de correspondência), ainda que a apólice não tenha sido emitida. Consegue-se assim certeza jurídica quanto ao conteúdo do contrato, afastando uma possível fonte de litígios e oferecendo um documento sintético (a apólice) susceptível de fiscalização pelas autoridades de supervisão. Contudo, o regime do contrato de seguro aperfeiçoa as regras existentes, distinguindo os vários planos jurídicos relevantes:

i) Quanto à validade do contrato – ou, como por vezes se diz com menor rigor, quanto à «existência» do contrato –, ela não depende da observância de qualquer forma especial. Esta solução decorre dos princípios gerais da lei civil, adequa-se ao disposto na legislação sobre contratação à distância, resolve problemas relativos aos «casos híbridos» entre a contratação à distância e a contratação entre presentes e, dadas as restantes regras agora projectadas, é um instrumento geral de protecção do tomador de seguro.

ii) Quanto à prova do contrato, eliminam-se todas as regras especiais. Esta solução é a mais consentânea com o rigor técnico do que aqui se dispõe e com a necessidade de evitar a possibilidade de contornar a lei substantiva através de meios processuais.

iii) Quanto à eficácia e à oponibilidade do contrato e do seu conteúdo, estatui-se que o segurador tem a obrigação jurídica de reduzir o contrato a

escrito na apólice e de entregá-la ao tomador. Como sanção, o segurador não pode prevalecer-se do que foi acordado no contrato sem que cumpra esta obrigação, podendo o tomador resolver o contrato por falta de entrega da apólice.

Há menções que devem obrigatoriamente constar da apólice e certas cláusulas, designadamente as que excluem ou limitam a cobertura, têm de ser incluídas em destaque, de molde a serem facilmente detectadas.

Quanto à vigência, esclarecendo alguns aspectos, assenta-se no princípio da anuidade do contrato de seguro.

À questão do interesse no seguro foram dedicados alguns preceitos, reiterando o princípio de que não é válido o seguro sem um interesse legítimo. Como o interesse pode relacionar-se com terceiros, há uma explicitação dessas realidades; no que respeita ao efeito em relação a terceiros, procede-se ao enquadramento do denominado «seguro por conta própria» e do «seguro por conta de outrem», com aproveitamento dos traços inovadores do Código Comercial (p. ex., art. 428.º, § 3, sobre seguro «misto» por conta própria e por conta de outrem) e prevendo nova regulamentação para os pontos carecidos de previsão.

Em matéria de prémio, com algumas particularidades, mantém-se o princípio de *no premium, no risk* ou *no premium, no cover*, nos termos do qual não há cobertura do seguro enquanto o prémio não for pago. O regime do prémio, com vários esclarecimentos, aditamentos e algumas alterações, permanece, no essencial, tal como resulta do Decreto-Lei n.º 142/2000, com as alterações de 2005.

Foram inseridas regras especiais disciplinadoras de certas situações jurídicas que se generalizaram na actividade seguradora, como o seguro de grupo. De facto, alguns regimes não regulados na legislação vigente (ou insuficientemente previstos), mas que correspondem a uma prática generalizada, como o seguro de grupo, surgem no diploma com um tratamento desenvolvido. Quanto ao seguro de grupo, importa acentuar a previsão (*ex novo* ou mais pormenorizada) do dever de informar, do regime do pagamento do prémio – pagamento do prémio junto do tomador do seguro ou pagamento directo ao segurador –, e do regime de cessação do vínculo, por denúncia ou por exclusão do segurado.

Nas designadas vicissitudes contratuais, além de se determinar o regime relativo à alteração do risco, estabelecem-se regras relativas à transmissão do seguro e à insolvência do tomador do seguro ou do segurado. Neste último caso, prescreve-se a solução geral da subsistência do contrato em caso de insolvência, sendo aplicável o regime do agravamento do risco (embora com excepções); recorde-se que o regime do artigo 438.º do Código Comercial é o da exigibilidade de caução, sob pena da insubsistência do contrato.

Na regularização do sinistro, além de se manterem as soluções tradicionais, incluíram-se regras inovadoras, com função de esclarecimento (p. ex., âmbito da participação do sinistro) e, como novidade, explicitou-se de modo detalhado um regime de afastamento e mitigação do sinistro, a cargo do segurado, que corresponde à concretização de princípios gerais e aplicável primordialmente no âmbito do seguro de danos. Quanto ao ónus da participação do sinistro, comparativamente com o disposto no artigo 440.º do Código Comercial, há uma maior concretização, seja da previsão do dever, seja da sanção pelo seu incumprimento, que pode ser a perda da garantia em caso de incumprimento doloso acompanhado de prejuízo significativo do segurador. Tal como em outras previsões, no diploma reconhecem-se certos deveres de cooperação entre o segurador e o tomador do seguro (ou o segurado) e um desses casos é o do chamado «ónus de salvamento» em caso de sinistro. Dispõe-se que, em caso de sinistro,

o segurado deve tomar as medidas razoáveis que se imponham com vista a evitar a sua consumação, de molde a acautelar perdas evitáveis de bens e pagamentos desnecessários por parte do segurador. Em contrapartida, como os actos de salvamento são, fundamentalmente, realizados no interesse do segurador, este fica obrigado a reembolsar o segurado pelas despesas de salvamento.

Quase a terminar a parte geral, consta um capítulo sobre a cessação do contrato de seguro, espelhando muitas regras que já resultam do regime contratual comum, ainda que com um tratamento sistemático próprio, e, além de certos esclarecimentos, prescrevendo soluções particulares para atender a várias especificidades do contrato de seguro, nomeadamente no que respeita ao estorno do prémio, à denúncia, à resolução após sinistro e à livre resolução do contrato.

A finalizar a parte geral, prescreve-se o dever de sigilo do segurador, impondo-se-lhe segredo quanto a certas informações que obtenha no âmbito da celebração ou da execução do contrato de seguro, e estatui-se um regime específico de prescrição. Prevêem-se prazos especiais de prescrição de dois anos (direito ao prémio) e de cinco anos (restantes direitos emergentes do contrato), sem prejuízo da prescrição ordinária. Ainda neste derradeiro capítulo da parte geral, cabe destacar a remissão para arbitragem como modo de resolução de diferendos relacionados com o seguro.

No Título II, sobre seguro de danos, na sequência da sistematização adoptada, distingue-se o regime geral dos regimes especiais. Em sede de regras gerais de seguro de danos, além da delimitação do objecto (coisas, bens imateriais, créditos e outros direitos patrimoniais) e da regulação de aspectos sobre vícios da coisa e de seguro sobre pluralidade de coisas, dá-se particular ênfase ao princípio indemnizatório. Apesar de o princípio indemnizatório assentar basicamente na liberdade contratual, de modo supletivo, prescrevem-se várias soluções, nomeadamente quanto ao cálculo da indemnização, ao sobresseguro, à pluralidade de seguros, ao subseguro e à sub-rogação do segurador.

Não obstante valer o princípio da liberdade contratual, admitindo-se a inclusão de múltiplas cláusulas, como o seguro «valor em novo», para o cálculo da indemnização não se pode atender a um valor manifestamente infundado.

No sobresseguro estabelece-se a regra da redução do contrato. Passa, pois, a haver previsão expressa de regime, quando hoje o regime relativo à matéria implica uma difícil conjugação das regras respeitantes ao princípio indemnizatório, à pluralidade de seguros e à declaração do risco (artigos 435.º, 434.º e 429.º do Código Comercial).

Em caso de pluralidade de seguros, além do dever de comunicação a todos os seguradores, aquando da verificação e com a participação do sinistro, determina-se que o incumprimento fraudulento do dever de informação exonera os seguradores das respectivas prestações e prescreve-se o regime de responsabilidade proporcional dos diversos seguradores, podendo a indemnização ser pedida a qualquer dos seguradores, limitada ao respectivo capital seguro. Acresce ainda a previsão específica de critérios de repartição do ónus da regularização do sinistro entre seguradores.

No caso de subseguro, o segurador só responde na proporção do capital seguro. Associado com o subseguro, estabelece-se, no seguro de riscos relativos à habitação, um regime específico de actualização automática do valor do imóvel seguro, ou da proporção segura do mesmo, com base em índices publicados para o efeito pelo Instituto de Seguros de Portugal.

A parte especial do seguro de danos inicia-se com o regime dos seguros de responsabilidade civil. No seguro de responsabilidade civil, o segurador cobre o risco de constituição no património do segurado de uma obrigação de indemnizar terceiros. Por

via de regra, o prejuízo a atender para efeito do princípio indemnizatório é o disposto na lei geral.

Quanto ao período de cobertura, assente no regime base *occurrence basis*, admitem-se cláusulas de *claims made*, embora com cobertura obrigatória de reclamações posteriores; deste modo, clarifica-se a admissibilidade das cláusulas de *claims made* (ou 'base reclamação'), tentando evitar o contencioso sobre a questão da admissibilidade de tais cláusulas havido em ordenamentos comparados próximos. A aceitação destas cláusulas determina a obrigação de cobertura do risco subsequente (ou risco de posterioridade) relativo às reclamações apresentadas no ano seguinte ao da cessação do contrato, desde que o risco não esteja coberto por contrato de seguro subsequente.

Reiterando uma regra enunciada na parte geral, prescreve-se que, em princípio, o segurador não responde por danos causados dolosamente pelo tomador ou pelo segurado, podendo haver acordo em contrário não ofensivo da ordem pública; contudo, a solução pode ser diversa nos seguros obrigatórios de responsabilidade civil em caso de previsão especial, legal ou regulamentar, para cobertura de actos dolosos.

No seguro de responsabilidade civil voluntário, em determinadas situações, o lesado pode demandar directamente o segurador, sendo esse direito reconhecido ao lesado nos seguros obrigatórios de responsabilidade civil. Por isso, a possibilidade de o lesado demandar directamente o segurador depende de se tratar de seguro de responsabilidade civil obrigatório ou facultativo. No primeiro caso, a regra é a de se atribuir esse direito ao lesado, pois a obrigatoriedade do seguro é estabelecida nas leis com a finalidade de proteger o lesado. No seguro facultativo, preserva-se o princípio da relatividade dos contratos, dispondo que o terceiro lesado não pode, por via de regra, exigir a indemnização ao segurador.

Relativamente a meios de defesa, como regime geral dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, é introduzida uma solução similar à constante do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 291/2007 (seguro automóvel), sob a epígrafe «oponibilidade de excepções aos lesados».

O direito de regresso do segurador existe na medida em que o tomador do seguro ou o segurado tenha actuado dolosamente.

No âmbito dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil prescreve-se a inadmissibilidade de a convenção das partes alterar as regras gerais quanto à determinação do prejuízo e a impossibilidade de se acordar a resolução do contrato após sinistro.

A regulamentação do seguro de incêndio, atenta a previsão geral do seguro de danos, fica circunscrita ao âmbito e a menções especiais na apólice. A solução é similar no caso dos seguros de colheitas e pecuário.

No seguro de transporte de coisas há uma previsão genérica das diversas modalidades do seguro de transportes – seguro de transportes terrestres, fluviais, lacustres e aéreos, com exclusão do seguro de envios postais e do seguro marítimo –, prescrevendo várias soluções, como a cláusula «armazém a armazém» e a pluralidade de meios de transporte.

O seguro financeiro abrange o seguro de crédito e o seguro-caução e, remetendo para o regime recentemente alterado, estabelecem-se soluções relativamente a questões não previstas nesse diploma, em particular quanto a cobrança, comunicações e reembolso.

No seguro de protecção jurídica mantêm-se as soluções vigentes com uma diferente sistematização.

Por último, no seguro de assistência, transpondo a Directiva 84/641/CEE, de 10 de Dezembro de 1984, indica-se a noção e as actividades não incluídas nesta espécie contratual.

Do Título III consta o regime do seguro de pessoas, tal como no título precedente, começa enunciando as disposições comuns aos vários seguros do designado ramo «vida».

De entre as disposições comuns merece especial relevo o regime relativo aos exames médicos.

O regime respeitante ao seguro de vida aplica-se igualmente a outros contratos, como o de coberturas complementares do seguro de vida ou de seguro de nupcialidade. Além das especificidades quanto a informações e menções a incluir na apólice, importa atender ao regime particular de risco, nomeadamente a cláusula de incontestabilidade, o regime de agravamento do risco e a solução no caso de suicídio ou de homicídio.

Foi consagrada a solução da cláusula de incontestabilidade de um ano a contar da celebração do contrato relativamente a inexactidões ou omissões negligentes; regime não aplicável às coberturas de acidentes e invalidez complementares do seguro de vida.

Prescreveu-se a regra da não aplicação do regime do agravamento do risco nos seguros de vida; não aplicação esta que sofre restrições relativamente às coberturas complementares de seguros de vida.

Supletivamente, encontra-se excluída a cobertura em caso de suicídio ocorrido até um ano após a celebração do contrato. Em caso de homicídio doloso, a prestação não será devida ao autor, cúmplice ou instigador.

Em matéria do chamado «resgate» – entendido tão-só como meio jurídico de percepção de uma quantia pecuniária e não como forma de dissolução do vínculo –, subsiste a regra da liberdade contratual das partes, permitindo aos seguradores a criatividade necessária ao bom funcionamento do mercado. Mas a posição do tomador do seguro ou segurado é integralmente protegida através da atribuição ao segurador do dever de tornar possível à contraparte, a qualquer momento, calcular o montante que pode haver através do resgate. Pretende-se, assim, que os segurados tomem esclarecidamente as decisões de optar por um ou outro segurador e por um ou outro dos «produtos» oferecidos por cada segurador, podendo ainda avaliar a cada momento da conveniência em manter ou, quando permitido, extinguir o contrato.

Estabeleceu-se com algum pormenor o regime da designação beneficiária, de molde a superar muitas das dúvidas que frequentemente surgem.

Conhecendo o desenvolvimento prático e as dúvidas que suscita, sem colidir com o regime dos instrumentos financeiros, estabeleceram-se regras relativas às operações de capitalização, indicando exaustivamente o que deve ser incluído na apólice para melhor conhecimento da situação por parte do tomador do seguro.

No regime do contrato de seguro, encontra-se uma regulamentação específica do seguro de acidentes pessoais (lesão corporal provocada por causa súbita, externa e violenta que produza lesões corporais, invalidez, temporária ou permanente, ou a morte do tomador do seguro ou de terceiro), prescrevendo, nomeadamente, a extensão do regime do seguro com exame médico, a previsão de um direito de renúncia (tal como na legislação vigente) e a limitação da sub-rogação às prestações indemnizatórias.

Por fim, no seguro de saúde, estabelece-se a obrigatoriedade de menções especiais na apólice, de molde a permitir a determinação rigorosa do risco coberto, faz-se referência à exclusão das denominadas «preexistências» e, de modo idêntico ao seguro de responsabilidade civil, prescreve-se a regra da subsistência limitada da cobertura após a cessação do contrato.

Novos Aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro

Gilmar Ferreira Mendes
Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil,
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha,
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Brasil,
Professor de Direito Constitucional nos Cursos
de graduação e pós-graduação da Universidade de Brasília, Brasil.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O controle abstrato de constitucionalidade na Constituição de 1988; 1.1. considerações preliminares; 1.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade; 1.2.1. Intervenção de terceiros e "amicus curiae"; 1.3. Ação Declaratória de Constitucionalidade; 1.4. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental; 1.4.1. Incidente de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento; 1.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; 1.6. A reclamação para assegurar o cumprimento de decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade. 2. Controle incidental de constitucionalidade; 2.1. Repercussão geral e controle incidental de constitucionalidade no Supremo Tribunal; 2.2. O recurso extraordinário contra decisão de juizados especiais federais; 2.3. O papel do Senado Federal; 2.2.1. A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988; 2.4. O controle incidental e a aplicação do art. 27 da lei n. 9.868/99. 3. O Supremo Tribunal Federal e as súmulas vinculantes; 3.1. Considerações gerais; 3.2. Requisitos formais da súmula vinculante, revisão e cancelamento; 3.3. Obrigatoriedade e limites objetivos e subjetivos da súmula vinculante; 3.4. Súmula vinculante e reclamação constitucional; Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do Direito Constitucional e da Ciência Política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

O sistema de controle de constitucionalidade sofreu uma incrível expansão na ordem jurídica moderna.

Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, a ruptura do chamado "monopólio da ação direta" outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura, bem assim a adoção de novos instrumentos processuais, configuraram fatores que contribuíram para a mudança

radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade.

Embora o novo texto da Constituição tenha preservado o modelo "incidental" ou "difuso", é visível a aproximação ou convergência dos dois modelos básicos de controle, a partir de referências procedimentais e pragmáticas desenvolvidas (ou em desenvolvimento) pelo Direito Constitucional brasileiro.

1. O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

1.1. Considerações preliminares

A Constituição de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis.

A Constituição preservou *a representação interventiva*, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados *princípios sensíveis*[1] (CF, art. 34, VII, c/c art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III e § 1º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, *f*). Tal como outros países da América Latina, não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos[2]. A Constituição consagra o *habeas corpus* como instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir (CF, art. 5º, LXVIII). Ao lado do *habeas corpus*, dispõe a ordem jurídica brasileira, desde 1934, do mandado de segurança, destinado, hodiernamente, a garantir direito líquido e certo não protegido por *habeas data* ou *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXIX, *a*)[3]. O mandado de segurança pode ser, igualmente, utilizado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros (*mandado de segurança coletivo*).

A Constituição de 1988 criou, ao lado do *habeas data*, que se destina à garantia do *direito de autodeterminação sobre informações*[4] (art. 5º, LXXII), o mandado de injunção,

---

[1] A Constituição de 1988 introduziu modificações nos chamados "princípios sensíveis". Ao invés da longa enumeração constante da Constituição de 1967/69, limitou-se o constituinte a enunciar expressamente os seguintes princípios: *a*) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; *b*) direitos da pessoa humana; *c*) autonomia municipal; *d*) prestação de contas da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, *a* a *d*).

[2] Única exceção pode ser verificada no México, onde o "recurso de amparo" permitiu, sob a aparência de unidade, o desenvolvimento de diferentes institutos [cf., a propósito, FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle. *JöR* n. 25, 1976, p. 649 (663)].

[3] Cf., a propósito, FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle, *JöR* n. 25, 1976, p. 652 (672), e Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika. In: HORN, Hans-Rudolf & WEBER, Albrecht. *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*. Baden-Baden, 1989, p. 129 (159).

[4] Embora formulado de maneira pouco clara, é certo que o habeas data destina-se a proteger aspecto autônomo do direito de personalidade, o chamado direito de autodeterminação sobre informações — *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* —, que assegura a cada indivíduo o poder de decidir quando e em que

remédio especial que pode ser utilizado contra a omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, LXXI).

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário — também quanto ao critério de quantidade — o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal[5]. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano[6] e introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida[7], no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (CF, art. 102, III, *a*, *b*, e *c*). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário[8], confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) consagrou, no art. 102, § 3°, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual *"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-la pela manifestação de dois terços de seus membros"*.

A Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, definiu a disciplina processual do novo instituto. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo que sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Particular atenção dedicou o constituinte à chamada "omissão do legislador".

Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c o art. 102, I, *q*, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2º, o processo de controle abstrato da omissão. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembléia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional[9].

---

medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros (cf., sobre o assunto, no direito alemão, PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte — Staatsrecht II.* 11. ed. Heidelberg, 1995, p. 97).

[5] Apenas em 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários (cf., a propósito, CORRÊA, Oscar. *O Supremo Tribunal Federal Corte Constitucional do Brasil.* p. 38-9).

[6] O *writ of error* foi substituído no Direito americano pelo *appeal* (cf., a propósito, HALLER, Walter. Supreme Court und Politik in den USA. *The American Political Science Review* v. LXX, n.2, p. 105, june/1976).

[7] O recurso extraordinário, assim como outros recursos, pode ser proposto também pelo terceiro prejudicado (CPC, art. 499).

[8] Essa alteração não trouxe qualquer mudança positiva no número de recursos extraordinários propostos. Enquanto em 1988, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, foram propostos 2.342 recursos extraordinários, em 1989, já sob o império da Constituição de 1988, foram distribuídos 3.060 recursos dessa índole. Essa tendência acentuou-se nos anos seguintes: 1990 - 10.833 recursos extraordinários; 1991, 10.247 (cf. Dados dos Relatórios do STF).

[9] Essa disposição foi desenvolvida segundo modelo do art. 283 da Constituição portuguesa:
"A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal

1.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade

A grande mudança verificou-se no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*, c/c o art. 103).

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial — ainda que não desejada — no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferençá-lo dos demais sistemas "*difusos*" ou "*incidentes*" de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

1.2.1. Intervenção de terceiros e "amicus curiae"

Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. [...]

(2) Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente".

A Lei n. 9.868/99 preservou a orientação contida no Regimento Interno do STF que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade (art. 7º).

Constitui, todavia, inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

Trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

No que concerne ao prazo para o exercício do direito de manifestação (art. 7º), parece que tal postulação há de se fazer dentro do lapso temporal fixado para apresentação das informações por parte das autoridades responsáveis pela edição do ato.

É possível, porém, cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae* fora do prazo das informações[10] na ADI (art. 9º, § 1º), especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa[11].

Quanto à atuação do *amicus curiae*, após ter entendido que ela haveria de limitar-se à manifestação escrita[12], houve por bem o Tribunal admitir a sustentação oral por parte desses peculiares partícipes do processo constitucional[13]. Em 30-3-2004 foi editada Emenda Regimental[14], que assegurou aos *amici curiae*, no processo de ADI, o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de quinze minutos, e, ainda, quando houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, pelo prazo contado em dobro.

Essa nova orientação parece acertada, pois permite, em casos específicos, que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição.

1.3. A Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da *ação declaratória de constitucionalidade*, introduzido no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no bojo de reforma tributária de emergência. A Emenda Constitucional

---

[10] Essa possibilidade, entretanto, não é majoritária na jurisprudência do STF. A esse respeito, cf. ADI 2.238/DF, Rel. Ilmar Galvão — hipótese em que a Associação Paulista dos Magistrados formulou pedido de admissão no feito depois de já iniciado o julgamento da medida liminar. Na espécie, considerou-se que a manifestação do *amicus curiae* é destinada a instruir a ADI, não sendo possível, portanto, admiti-la quando já em andamento o julgamento do feito. Restaram vencidos os Ministros Ilmar Galvão (relator) e Carlos Velloso, que referendavam a decisão monocrática.

[11] ADI 2.690/RN, Rel. Gilmar Mendes.

[12] ADI-MC-QO 2.223/DF, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 18-10-2001.

[13] ADI-QO 2.675, Rel. Carlos Velloso, e ADI-QO 2.777, Rel. Cezar Peluso. O Tribunal, por maioria, em 26-11-2003, resolvendo questão de ordem, admitiu a sustentação oral dos *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade.

[14] A Emenda Regimental n. 15, do Supremo Tribunal Federal, de 30-3-2004 (*DJ* de 1º-4-2004), acrescentou o § 3º ao art. 131 do Regimento Interno, para admitir a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, facultando-se-lhes a produção de sustentação oral.

n. 3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

Embora a discussão sobre a ação declaratória de constitucionalidade seja mais ou menos recente no Brasil, a prática constitucional demonstra que, muitas vezes, a representação interventiva e sobretudo a representação de inconstitucionalidade foram utilizadas com o fito de afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma.

Daí não parecer surpreendente a criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Acolhendo sugestão contida em estudo que elaboramos juntamente com o Professor Ives Gandra, o Deputado Roberto Campos apresentou proposta de Emenda Constitucional que instituía a ação declaratória de constitucionalidade[15].

Parte dessa proposição, com algumas alterações, foi incorporada à Emenda que deu nova redação a alguns dispositivos da ordem constitucional tributária e autorizou a instituição do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, mediante iniciativa do Deputado Luiz Carlos Hauly[16].

A ação declaratória foi aprovada, embora com ressalvas, quanto à legitimação, restrita ao Presidente da República, Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República, e quanto ao objeto, que se limitou ao direito federal[17].

---

[15] A proposta tinha o seguinte teor:
"Art. 1º Suprima-se o inciso X do art. 52, renumerando-se os demais.
Art. 2º Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 102. (...)
§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma desta lei.
§ 2º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia erga omnes e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.
§ 3º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia erga omnes, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos"
"Art. 103. (...)
§ 1º (...)
§ 2º (...)
§ 3º (...).
§ 4º Os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X deste artigos podem propor ação declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito"

[16] Cf., a propósito, os dois substitutivos apresentados pelo Deputado Benito Gama, Relator da Comissão Especial destinada a examinar a Proposta de Emenda à Constituição n. 48-a, de 1991.

[17] A Emenda n. 3, de 1993, assim disciplinou o instituto:
"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 argüição 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."
"Art. 103. (...)

A discussão sobre a constitucionalidade da emenda, suscitada pela Associação dos Magistrados do Brasil, foi pacificada no julgamento da ADC n. 1[18].

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, corrigiu em parte o modelo restritivo da EC 3/93, estabelecendo que estariam legitimados para ADC os mesmos legitimados para a ADI. Subsiste, porém, a limitação quanto ao objeto, restrito ao direito federal, objeto agora de Projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional.

De qualquer sorte, o controle abstrato de normas passa agora a ser exercido tanto pela ADI, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas[19], como pela ação declaratória de constitucionalidade.

1.4. A Argüição de Descumprimento Preceito Fundamental

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). Essas questões somente poderiam ser tratadas no âmbito do recurso extraordinário, o que explica a pletora de processos desse tipo ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal.

É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada "guerra de liminares".

Foi em resposta ao quadro de incompletude de sistema de controle direto que surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado "incidente de inconstitucionalidade", que pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 a possibilidade de provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre outras controvérsias constitucionais suscitadas nas ações judiciais em curso. Tal instituto, porém, não vingou.

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental veio prevista na Lei Maior de forma bastante singela: "a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma lei." (art. 102, § 1º). A ausência de qualquer antecedente histórico significativo dificultava enormemente a disciplina infraconstitucional do instituto. Sepúlveda Pertence chegou a chamá-lo de autêntica "esfinge" do direito brasileiro[20].

Nesse contexto, o professor Celso Bastos e eu passamos a nos indagar se a chamada "argüição de descumprimento de preceito fundamental", prevista no art. 102, § 1º, da

---

§ 4º A ação declaratória da constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

[18] Cf. ADC 1/DF, Relator Moreira Alves, Pleno, *DJ* 16.6.95.

[19] Em 13.2.2007, a autuação do Supremo Tribunal Federal registrava a ADI n. 4.020.

[20] ADPF-QO 1/RJ, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* 7.11.2003.

Constituição, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do Supremo Tribunal Federal.

O Professor Celso Bastos elaborou o primeiro esboço do anteprojeto que haveria de regular a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tomando por base o texto inaugural, cuidamos nós de elaborar uma segunda versão, introduzindo-se o incidente de inconstitucionalidade. Essa proposta traduziu-se num amálgama consciente das concepções constantes do Projeto Celso Bastos, do Projeto da Comissão Caio Tácito[21] e do incidente de inconstitucionalidade, contemplado em várias propostas de Emenda Constitucional sobre o Judiciário[22].

Afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma Comissão de especialistas. A sugestão foi elevada à consideração do Ministro Iris Resende, da Justiça, que, em 4 de julho de 1997, editou a Portaria nº 572, publicada no DO de 7 de julho de 1997, instituindo comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados, para compor a comissão, o Prof. Celso Ribeiro Bastos (Presidente), o Prof. Arnoldo Wald, o Prof. Ives Gandra Martins, o Prof. Oscar Dias Corrêa e o autor deste estudo. Após intensos debates realizados em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto, que foi encaminhado pelo Prof. Celso Bastos, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça, em 20 de novembro de 1997.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Estabeleceram-se o rito perante o STF, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Tendo em vista que o disciplinamento do instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental afetava as atribuições do STF, resolveu-se, ainda, colher a opinião daquela Corte (Aviso/MJ nº 624, de 4.5.1998). Em 7 de maio de 1998, Celso de Mello informou ter encaminhado cópia do texto do anteprojeto para todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal (Ofício nº 076/98). Em 30 de junho de 1998, o trabalho realizado pela Comissão Celso Bastos foi divulgado em artigo publicado na Revista Consulex nº 18, ano II, vol. I, p. 18/21, sob o título "Preceito fundamental: argüição de descumprimento".

É necessário observar, todavia, que, desde março de 1997, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da ilustre deputada Sandra Starling, objetivando, também, disciplinar o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de "reclamação". A reclamação restringia-se aos casos em

---

[21] Projeto de Lei n. 2.960, de 1997 (PLC n. 10, no Senado Federal) sobre ADI e ADC, convertido na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

[22] Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes Ferreira a PEC n. 96-A/92:

"Art. 103 (...).

§ 5º O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República".

que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Aludida reclamação haveria de ser formulada ao Supremo Tribunal Federal por um décimo dos Deputados ou dos Senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

Em 4 de maio de 1998, o projeto de lei da deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator, o ilustre deputado Prisco Viana, pela aprovação do projeto na forma de substitutivo de sua autoria. Como então se verificou, o substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos.

Aludido substitutivo, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, foi referendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo sido submetido ao Presidente da República, que o sancionou[23], com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º, ao inciso II do art. 2º, ao § 2º do art. 2º, ao § 4º do art. 5º, aos §§ 1º e 2º do art. 8º, e ao art. 9º.

1.4.1. Incidente de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento

A discussão sobre a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do chamado "incidente de inconstitucionalidade" não é nova. Já na Revisão Constitucional de 1994 cogitou-se de um instrumento que permitiria fosse apreciada controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal diretamente pelo STF, incluindo-se nesse rol, inclusive, os atos anteriores à Constituição. A idéia era que o Supremo Tribunal poderia, ao acolher o incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada[24].

Tal instituto, entretanto, não ingressou no ordenamento jurídico naquela ocasião, tendo sido ressuscitada a discussão a seu respeito quando da entrada em vigor da Lei nº 9.882, de 1999, que regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Aqueles que se dispuseram a observar com mais atenção a conformação dada pela referida legislação à ADPF notaram que, afora os problemas decorrentes da limitação dos parâmetros de controle, o instituto, tal qual restou regulamentado, guarda estrita vinculação com as propostas relacionadas ao incidente de inconstitucionalidade.

A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das decisões, tudo reforça a semelhança entre os institutos. É certo, por outro lado, que, diferentemente do incidente de inconstitucionalidade, a argüição de descumprimento tem como parâmetro de controle os preceitos fundamentais identificados ou identificáveis na Constituição. Trata-se de elemento menos preciso do que o parâmetro de controle do incidente de inconstitucionalidade (toda a Constituição).

---

[23] Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

[24] Cf. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994, t. I, p. 317.

Assim, até que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão "preceitos fundamentais"[25], ter-se-á de assistir ao debate entre os cultores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional. Assinale-se, outrossim, que, diversamente do incidente, a argüição de descumprimento, tal como formulada na Lei nº 9.882, de 1999, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um recurso de amparo ou de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde)* autônoma no direito brasileiro.

Dessa forma, não se pode deixar de registrar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a par das questões suscitadas, ainda em aberto, já trouxe significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal.

Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a argüição de descumprimento de preceito fundamental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade.

Diante dessa conjuntura, tenho enfatizado sistematicamente que a ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

1.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do Direito Constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de

[25] Cf. a discussão sobre o assunto na ADPF nº 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, *DJ* 16.12.2005, julgada pelo Plenário da Corte em 7.12.2005.

uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as conseqüências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Essas e outras indagações desafiam a dogmática jurídica aqui e alhures. Não pretendemos aqui dar uma resposta definitiva e cabal a essas questões, não só pelos limites do estudo proposto, mas, sobretudo, porquanto tal tarefa transcenderia de muito os limites das nossas próprias forças.

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo, a natureza desses institutos. Todos os que, tópica ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito Democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Sem querer arriscar uma profecia, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que elas hão de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo!

Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma "Teoria da omissão inconstitucional". Aqueles que quiserem se aprofundar no exame do tema perceberão que o seu estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. Esse aspecto contribuiu, sem dúvida, para que a questão fosse tratada, inicialmente, como quase uma excentricidade do modelo constitucional desenvolvido a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn.

Observe-se, contudo, que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente, também na dogmática jurídica alemã.

Em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível[26]. Anteriormente, reconhecera Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio*[27]. Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento

---

[26] KELSEN, Hans. *Hauptprobleme de Staatsrechtslehre*. Tübingen: JCB Mohr, 1911, p. 410.

[27] JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen, 1905, p. 80, nota 1.

assentava-se, de um lado, na idéia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade[28].

Essa concepção sofreu significativa mudança com o advento da Lei Fundamental de 1949. A expressa vinculação do legislador aos direitos fundamentais (art. 1º par. 3º) e à Constituição como um todo (art. 20, III) estava a exigir o desenvolvimento de uma nova concepção. Já em 1951 passa a doutrina a admitir, pela voz eloqüente de Bachof, a possibilidade de responsabilização do Estado em virtude de ato de índole normativa[29], caracterizando uma ruptura com o entendimento até então vigente, baseado na própria jurisprudência do *Reichsgericht*[30]. Bachof rejeitava, porém, uma pretensão à edição de uma lei por entender que isso seria incompatível com o princípio da divisão de poderes[31].

A Corte Constitucional alemã viu-se compelida a arrostar questão atinente à omissão do legislador logo no seu primeiro ano de atividade.

Na decisão de 19.12.1951, o Tribunal negou a admissibilidade de recurso constitucional contra a omissão do legislador, que, segundo alegado, *fixara a pensão previdenciária em valor insuficiente para a satisfação das necessidades básicas de uma família*. Segundo o entendimento então esposado pelo Tribunal, os postulados contidos na Lei Fundamental não asseguravam ao cidadão, em princípio, qualquer pretensão a uma atividade legislativa suscetível de ser perseguida mediante *recurso constitucional*[32].

As decisões proferidas em 20.02.1957 e em 11.6.1958 estavam a sinalizar a evolução jurisprudencial que haveria de ocorrer. Na primeira decisão, proferida em processo de recurso constitucional, a Corte Constitucional alemã admitiu, expressamente, o cabimento de medida judicial contra omissão parcial do legislador, reconhecendo que, ao contemplar determinado grupo ou segmento no âmbito de aplicação de uma norma, o legislador poderia atentar contra o princípio da isonomia, cumprindo, de forma defeituosa, dever constitucional de legislar[33]. Na decisão de 11.6.1958 , também proferida em recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde)*[34] impetrado contra lei federal que fixava a remuneração de funcionários públicos, a Corte declarou que, embora não estivesse

---

[28] ANSCHÜTZ, Gerhard; THOMA, Richard (Hrsg.). *Handbuch des Deutschen Staatsrechts.* Tübingen: Mohr, 1932, t. II, p. 608; GENZMER, Felix. *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Handbuch des Deutschen Staatsrechts.* 1932, t. II, p. 506 s.

[29] BACHOF, Otto. *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung.* 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1968, p. 18.

[30] Cf. acórdão do Reichsgericht in: *RGZ* 125, 282, no qual se assentou, expressamente, a impossibilidade de responsabilização do Estado por ato legislativo.

[31] BACHOF, Otto. Op. cit. p. 18.

[32] *BVerfGE* 1, 97 (100).

[33] *BVerfGE* 6, 257.

[34] Acentue-se que ordenamento alemão não dispõe de instrumentos especiais para o controle judicial da omissão. O recurso constitucional – *Verfassungsbeschwerde* – constitui, na esfera do *Bundesverfassungsgericht*, o único instrumento processual autônomo de que o cidadão dispõe para atacar diretamente a omissão do legislador, desde que logre demonstrar eventual ofensa a um dos direitos fundamentais. Na maioria dos casos, cuida-se de *Verfassungsbeschwerde* dirigida contra ato normativo, nos casos em que se admite que o legislador satisfez, de forma incompleta, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) dimanado de um ou de outro direito fundamental. A maioria dos casos refere-se, porém, não às *Verfassungsbeschwerde* propostas diretamente contra a omissão legislativa, seja ela parcial ou total, mas àquelas dirigidas contra decisão da última instância da jurisdição ordinária (chamadas *Urteils-Verfassungsbeschwerde*). A *Urteil-Verfassungsbeschwerde* cumpre, em determinada medida, função semelhante à do nosso recurso extraordinário pertinente à ofensa constitucional, podendo ser interposta nos casos de lesão aos direitos fundamentais mediante erro do Juiz ou Tribunal na interpretação e aplicação do direito.

legitimada a fixar os vencimentos de funcionários públicos, dispunha ela de elementos suficientes para constatar que, em virtude da alteração do custo de vida, os valores estabelecidos na referida lei não mais correspondiam aos parâmetros mínimos exigidos pelo art. 33 (5) da Lei Fundamental[35]. Não se declarou aqui a nulidade do ato normativo --, ***até porque uma cassação agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade***. O Tribunal limitou-se a constatar a ofensa a direito constitucional dos impetrantes, em virtude da omissão legislativa.

Portanto, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura a omissão inconstitucional não só o *inadimplemento absoluto* de um dever de legislar (***omissão total***), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (***omissão parcial***) (***Teilunterlassung***). Assentou-se, igualmente, que a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação.

A identificação da omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental. A Corte Constitucional recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador na colmatação das lacunas eventualmente identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada, primordialmente, ao legislador. Assim, tanto o princípio da divisão de poderes, quanto o postulado da democracia obstavam a que os Tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas.

Essa orientação fez com que o Tribunal desenvolvesse, como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarerklärung*). Trata-se de decisão de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão[36]. Essa forma de decisão, construída pela jurisprudência, foi incorporada à Lei que disciplina o processo perante a Corte Constitucional.

Outra técnica de decisão, desenvolvida sobretudo para os casos de omissão inconstitucional, é o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. Essa técnica de decisão assumiu relevância ímpar nos casos da legislação pré-constitucional incompatível com a Lei Fundamental. A cassação dessas leis pré-constitucionais poderia levar, em muitos casos, a uma situação de autêntico caos jurídico. Daí ter a Corte Constitucional reconhecido que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como "*ainda constitucional*" o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição. A doutrina constitucional mais moderna considera que o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) configura apenas uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como

---

[35] *BVerfGE* 8, 1 (28).

[36] IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt.* Baden-Baden, 1980, p. 268-269.

simples *obiter dictum*[37]. Essa qualificação não retira a eficácia desse pronunciamento, não havendo, até agora, registro de qualquer caso de recalcitrância ou de recusa do legislador no cumprimento de dever constitucional de legislar.

No Brasil, a ação direta por omissão teve até agora uma aplicação restrita. Cerca de duas centenas de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal[38].

1.6. A reclamação para assegurar o cumprimento de decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal considerava, inicialmente, inadmissível a reclamação em sede de controle abstrato de normas[39].

Em diversas oportunidades, o Tribunal manifestou-se no sentido do não-cabimento da reclamação, como confirma a decisão da Rcl.-AgRg 354, da relatoria do Ministro Celso de Mello[40].

Posteriormente, passou o Tribunal a admitir o cabimento da reclamação em sede de ADI, desde que ajuizada por legitimado para a propositura da própria ação direta e que tivesse o mesmo objeto[41].

Em julgado de 25-11-1992, o Ministro Celso de Mello expressou a necessidade de que o entendimento jurisprudencial no sentido no não-cabimento da reclamação em tal sede fosse revisto, abrindo caminho para a possibilidade de se admitir a reclamação para atacar desobediência às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado. Nesse caso reconheceu o Tribunal que estariam legitimados aqueles entes e órgãos, que, apesar de não terem sido parte na ADI em cuja decisão se fundamenta a reclamação, fossem titulares de legitimidade concorrente para requerer ação idêntica[42].

Também o julgamento da Rcl. 399, em 7-10-1993, representou importante avanço no uso da reclamação em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ao admiti-la sob determinadas condições. É o que lê na ementa do acórdão, *verbis*:

> "Reclamação: hipótese de admissibilidade e procedência para salvaguarda da autoridade de decisão cautelar ou definitiva em ação de inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal admite a reclamação para assegurar a autoridade de suas decisões positivas em ação direta de inconstitucionalidade, quando o mesmo órgão de que emanara a norma declarada inconstitucional

---

[37] Cf. a propósito, BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Baden-Baden, 1982, p. 397 s.; IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* cit. p. 125. Sobre a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obter dictum* "coisa dita de passagem" (acessoriamente, v. RÓNAI, Paulo. *Não perca o seu latim.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984), isto é entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis, v. SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum.* Munique, 1973, p. 77 s.

[38] Dados obtidos na Secretaria Judiciária do STF, em fevereiro/2008.

[39] Cf. MS-QO 20.875, Rel. Aldir Passarinho, *DJ* de 28-4-1989; Rcl. 136, Rel. Oscar Corrêa, *DJ* de 1º-11-1982; Rcl. 224, Rel. Célio Borja, *DJ* de 18-9-1987; Rcl. 208, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 6-12-1991; Rcl.-QO 235, Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 29-11-1991.

[40] Rcl. 354, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 28-6-1991.

[41] Rcl.-QO 385, Rel. Celso de Mello, julgada em 26-3-1992, *DJ* de 18-6-1993.

[42] Rcl.-QO MC 397, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 21-5-1993.

persiste na prática de atos concretos que lhe pressuporiam a validade (cf. Recls. 389, 390 e 393) [...][43]".

Reconheceu-se, assim, o cabimento de reclamação, quando o próprio órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional persistisse em prática de atos concretos que pressuporiam a validade da norma declarada inconstitucional[44].

Com o advento da Emenda Constitucional n. 3/93, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, admitiu-se, expressamente, a reclamação para preservar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal no julgamento de mérito na ação declaratória.

O Ministro Moreira Alves, no julgamento da ADC 1, destacou as singularidades do novo instituto nos termos seguintes:

"É um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema — como salientado anteriormente — que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e — note-se — é em virtude dessa eficácia *erga omnes* que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, *a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e (g. n.)*

b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo — como sucede na Alemanha — os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo[45]".

Assim, se havia dúvida sobre o cabimento da reclamação no processo de controle abstrato de normas[46], a Emenda Constitucional n. 3/93 encarregou-se de espancá-la, pelo menos no que concerne à ADC.

Subsistiu, porém, a controvérsia sobre o cabimento de reclamação em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Eram minoritárias as vozes que sustentavam, como a de Sepúlveda Pertence, que, "quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade[47]".

A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da

---

[43] Rcl. 399, Rel. Sepúlveda Pertence, julgada em 7-10-1993, *DJ* de 24-3-1995.

[44] Cf. julgamentos na Rcl. 399, Rel. Sepúlveda Pertence, julgada em 7-10-1993, *DJ* de 24-3-1995 e Rcl. 556, Rel. Maurício Corrêa, julgada em 11-11-1996, *DJ* de 3-10-1997.

[45] Cf. ADC-QO 1, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 27-10-1993.

[46] Cf., sobre o assunto, Rcl. 397, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 21-5-1993.

[47] Rcl. 167, despacho, *RDA*, 206/246 (247).

reclamação em sede de controle concentrado de normas, deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl. 1.880, em 23-5-2002, quando na Corte restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

Tal decisão foi assim ementada:

> "Questão de ordem. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Julgamento de mérito. Parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99: constitucionalidade. Eficácia vinculante da decisão. Reflexos. Reclamação. Legitimidade ativa. [...] 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. [...]"[48]

É certo, portanto, que qualquer pessoa afetada ou atingida pelo ato contrário à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal disporá de legitimidade para promover a reclamação.

A controvérsia restou definitivamente superada com o advento da EC n. 45/2004, que, expressamente, estabeleceu que "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"[49].

2. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Repercussão geral e controle incidental de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

A Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) consagrou, no art. 102, § 3°, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual, " 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-la pela manifestação de dois terços de seus membros".

A Lei n. 11.418, de 19-12-2006, definiu a disciplina processual do novo instituto[50]. O

---

[48] Rcl.-AgRg 1.880, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-3-2004.

[49] Redação dada pela EC n. 45/2004 ao art. 102, § 2°, da CF/88.

[50] "Art. 1° Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3° do art. 102 da Constituição Federal.

Art. 2° A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

'*Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.*

§ 1° Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de

recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Com a finalidade de regulamentar, no plano interno, o procedimento de análise e julgamento da repercussão geral,[51] o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.

A principal novidade da aludida disciplina foi o estabelecimento de sessão eletrônica de julgamento da repercussão geral, dispondo que, quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso extraordinário por outro motivo, o Relator submeterá a sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral, por meio eletrônico, aos demais ministros[52].

Referida Emenda Regimental também previu a repercussão geral presumida, que, uma vez caracterizada, dispensa o procedimento de análise eletrônica da repercussão. Será presumida a repercussão geral quando a questão já tiver sido reconhecida ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte.[53]

O procedimento para a análise de eventual existência de repercussão geral ficou assim estabelecido: a sessão eletrônica tem a duração de vinte dias corridos, passados os quais, o

---

vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão'.

'Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.'

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação."

[51] Nos termos do que estabelece o art. 3º da Lei nº 11.418/06.

[52] RISTF, art. 323, caput, do RISTF (redação da Emenda Regimental nº 21/07).

[53] RISTF, art. 323, §1º (redação da Emenda Regimental nº 21/07).

próprio sistema fará a contagem dos votos sobre a existência ou não de repercussão geral. Se decorrido o prazo sem manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerar-se-á existente a repercussão[54]. Lembre-se que há a necessidade da manifestação expressa de pelo menos 8 (oito) Ministros, recusando a repercussão geral, para que seja reputada a sua inexistência[55].

As decisões pela inexistência da repercussão geral são irrecorríveis, valendo para todos os recursos que versem sobre questão idêntica[56]. Uma vez decidida a repercussão geral, a Presidência do STF deverá promover ampla e específica divulgação do teor dessas decisões, bem como diligenciar para a formação e atualização de banco de dados eletrônico sobre o assunto.[57]

Outra questão que merece destaque é a possibilidade de a Presidência do Supremo Tribunal Federal ou qualquer Relator de recursos extraordinários, que possam reproduzir-se em múltiplos feitos, comunicar o fato aos Tribunais a quo para fins de cumprimento do art. 543-B do CPC[58]. Ademais "quando se verificar a subida ou a distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil."[59]

O instituto da repercussão geral será conformado pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Em junho de 2007, em julgamento plenário, restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a fundamentação da repercussão geral somente poderia ser exigida nos recursos extraordinários cujo início do prazo para sua interposição tenha ocorrido após o dia 3 de maio de 2007, data em que foi publicada a Emenda Regimental nº 21 do STF.[60]

A Corte firmou entendimento, ainda, que cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal reconhecer a efetiva existência da repercussão geral, não obstante tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os demais tribunais de origem possam verificar a existência da demonstração formal e fundamentada da repercussão geral.

Em setembro de 2007, ao resolver questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 556.664,[61] o Plenário do Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão do envio de recursos extraordinários e agravos de instrumento ao Supremo, que versassem sobre a constitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91 e o artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-lei 1.569, em face do artigo 143, III, b, da Constituição Federal.

Nesta questão de ordem, aplicou-se a disciplina do art. 328 do RISTF[62], que determinou, especificamente em relação aos processos múltiplos, o sobrestamento e/ou devolução dos feitos aos tribunais de origem. Consignou-se que, ao se verificar a subida ou a distribuição de

---

[54] RISTF, art. 324, caput e parágrafo único (redação da Emenda Regimental nº 21/07).
[55] CF, art. 102, §3º.
[56] RISTF, art. 326 (redação da Emenda Regimental nº 21/07).
[57] RISTF, art. 329 (redação da Emenda Regimental nº 21/07.
[58] Na redação da Lei nº 11.418/06.
[59] RISTF, art. 328, parágrafo único (redação da Emenda Regimental nº 21/07.
[60] *AI*-QO 664.567, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.207, no qual se questionou a necessidade de se demonstrar, na petição de recurso extraordinário que cuidava de matéria criminal, a existência de repercussão geral das questões abordadas. De acordo com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do Agravo de instrumento, o Plenário entendeu que esse instituto aplica-se a todos os recursos extraordinários, sejam em matéria cível, criminal, eleitoral ou trabalhista.
[61] RE-QO 556.664, Rel. Gilmar Mendes, julg. em 12.9.2007, Informativo 479.
[62] Na redação da Emenda Regimental nº 21/07.

múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos Tribunais ou Turmas do Juizado Especial de origem para aplicação dos parágrafos do artigo 543-B do CPC.

Com tal medida, o Tribunal deu consecução ao modelo desenvolvido para evitar o acúmulo de processos repetidos na Corte, nos termos do art. 543-B do CPC.

2.2. O recurso extraordinário contra decisão de juizados especiais federais e contra as decisões das Cortes em casos "repetitivos"

A Lei n. 10.259, de 12-7-2001, estabeleceu as novas regras aplicáveis ao recurso extraordinário interposto contra decisão das turmas recursais dos juizados especiais[63]. Embora referentes ao incidente de uniformização a ser desenvolvido perante o STJ, essas regras (art. 14, §§ 4º a 9º) aplicavam-se também ao recurso extraordinário, por força do art. 15 da aludida lei.

Depreende-se do plexo de normas em referência que o recurso extraordinário das decisões dos juizados especiais federais mereceu um tratamento diferenciado por parte do legislador. A norma regulamentadora admite, expressamente, o encaminhamento de alguns recursos ao Supremo Tribunal e a retenção dos recursos idênticos nas turmas recursais (art. 14, § 6º).

---

[63] "Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.
§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.
§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de Turmas de diferentes Regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por Juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.
§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.
§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça — STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.
§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.
§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.
§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.
§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança.
§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.
§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.
Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento."

Tendo em vista a possibilidade de reprodução de demandas idênticas, autoriza-se o relator a conceder liminar para suspender, de ofício ou a requerimento do interessado, a tramitação dos processos que versem sobre idêntica controvérsia constitucional (art. 14, § 5º)[64]. Trata-se de disposição que se assemelha ao estabelecido no art. 21 da Lei n. 9.868/99, que prevê a cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, e no art. 5º da Lei n. 9.882/99, que autoriza a cautelar em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Observe-se, ademais, que, afastando-se de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário, a Lei n. 10.259/2001, no art. 14, § 7º, autorizou o relator a pedir informações adicionais, se assim entender necessário, ao presidente da turma recursal ou ao coordenador da turma de uniformização, podendo também ouvir o Ministério Público no prazo de cinco dias. Na mesma linha, a aludida disposição permitiu que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, se manifestem no prazo de trinta dias (art. 14, § 7º, 2ª parte). Trata-se de amplo reconhecimento da figura do *amicus curiae*, que, como se sabe, já foi prevista na Lei n. 9.868/99 (arts. 7º e 18, referentes à ADI e à ADC; art. 482 do CPC, relativo ao incidente de inconstitucionalidade) e na Lei n. 9.882/99 (art. 6º, § 1º, a propósito da ADPF). Assinale-se que, na questão de ordem no RE 416.827,[65] o Tribunal admitiu, pela primeira vez, a manifestação de amici curiae em processo de competência do Supremo Tribunal Federal proveniente das Turmas Recursais dos Juizados Especiais.

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo"[66].

A fórmula adotada para o recurso extraordinário no âmbito dos juizados especiais federais foi estendida para os recursos extraordinários regulares, nos quais se discutam matérias repetitivas ou os chamados "casos de massa" (Lei n. 11.418/2006). Vê-se, assim, que também o recurso extraordinário regular — especialmente aquele inserido nesse contexto das questões de massa — poderá merecer disciplina idêntica à adotada para o recurso especial dos juizados especiais federais.

É possível que a disciplina abrangente do art. 543-B do CPC represente revogação tácita das disposições constantes do art. 14, §§ 4º a 9º e art. 15 da Lei 10.259/2001, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal.

---

[64] Na MC em Ação Cautelar n. 272, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJ de 25-2-2005, o Tribunal concedeu a liminar requerida, nos termos do art. 14, § 6º, da Lei n. 10.259/2001, para conferir efeito suspensivo ao RE 418.918 até o seu julgamento final, e determinar a suspensão na origem, até o pronunciamento da Corte sobre a matéria, de todos os processos em tramitação perante os Juizados Especiais e Turmas Recursais da Seção Judiciária Federal do Estado do Rio de Janeiro nos quais se discutisse a desconsideração de acordos firmados em decorrência do termo de adesão previsto na LC n. 110/2001.

[65] RE 416.827, Rel. Gilmar Mendes, julg. pelo Plenário. DJ de 26.10.2007

[66] Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice*, n. 20/21, p. 33 (49), 2001.

2.3. O papel do Senado Federal

A *suspensão da execução* pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituinte* para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários. A aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução de lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Embora a doutrina reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo[67]. Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. A fórmula mereceu reparos na própria Assembléia Constituinte. O Deputado Godofredo Vianna, como já se viu, pretendeu que se reconhecesse, v. g., a inexistência jurídica da lei após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade do diploma[68].

Mas que efeitos hão de se reconhecer ao ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional? Lúcio Bittencourt afirma que "o objetivo do art. 45, n. IV — a referência diz respeito à Constituição de 1967 — é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos"[69]. Outros reconhecem que o Senado Federal pratica ato político que "confere efeito geral ao que era particular (...), generaliza os efeitos da decisão"[70].

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido que o ato do Senado outorga eficácia genérica à decisão definitiva. Assim, a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte[71]. Mas qual seria a dimensão dessa eficácia ampla? Seria a de reconhecer efeito retroativo ao ato do Senado Federal? Não há entendimento unânime.

Themístocles Cavalcanti respondeu negativamente, sustentando que a "única solução

---

[67] Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 141.

[68] Aldemário Araújo Castro, *A nova Constituição brasileira.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247; cf. Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, in *Revista de Informação Legislativa,* 15(57)/234-237, jan./mar. 1978.

[69] Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 145.

[70] Paulo Brossard, O Senado e as leis inconstitucionais, *Revista de Informação Legislativa* 13(50)/61; cf. Josaphat Marinho, O art. 64 da Constituição e o papel do Senado, *Revista de Informação Legislativa,* 1(2); Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1958, p. 89-90; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle de constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 162-166; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições rígidas.* 2. ed., São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 210; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional.* 5ª Ed., São Paulo: Saraiva 1982, p. 84.

[71] MS 16.512, Rel. Oswaldo Trigueiro, *RTJ,* 38 (1)/20, 21, 23 e 28.

que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência"[72]. Da mesma forma, Bandeira de Mello ensinou que "a suspensão da lei corresponde à revogação da lei", devendo "ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*"[73]. Enfatizou que a suspensão "não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos". "O Senado Federal — asseverou Bandeira de Mello — apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente".[74]

Afirmava-se que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório[75]. Se assim fosse, afigurava-se inconcebível cogitar de "situações juridicamente criadas", de "atos jurídicos formalmente perfeitos" ou de "efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos", com fundamento em lei inconstitucional. É fácil ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito.

É verdade que a expressão utilizada pelo constituinte de 1934 (art. 91, IV), e reiterada nos textos de 1946 (art. 64) de 1967/69 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X) — *suspender* a execução de lei ou decreto — não é isenta de dúvida. Originariamente, o substitutivo da Comissão Constitucional chegou a referir-se à "revogação ou suspensão da lei ou ato"[76]. Mas a própria *ratio* do dispositivo não autoriza a equiparação do ato do Senado a uma *declaração de ineficácia* de caráter prospectivo. A proposta de Godofredo Vianna reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade "em mais de um aresto" do Supremo Tribunal Federal. Nos debates realizados preponderou, porém, a idéia de outorgar ao Senado, erigido, então, ao papel de coordenador dos Poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

No MS 16.512 (Rel. Oswaldo Trigueiro), de 25-5-1966, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir a natureza do instituto, infirmando a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou de restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de mandado de segurança impetrado contra a Resolução n. 93, de 14-10-1965, que revogou a Resolução anterior (n. 32, de 25-3-1965), pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

O Supremo Tribunal Federal pronunciou a inconstitucionalidade da resolução revogadora, contra os votos dos Ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima, conhecendo

---

[72] Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle de constitucionalidade*, cit., p. 164.
[73] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 211.
[74] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 211.
[75] Rui Barbosa, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 49; e *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1., p. 51-52; José de Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 588; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 128; Francisco Luiz da Silva Campos, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 460-461.
[76] Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 247.

do mandado de segurança como *representação*, tal como proposto pelo Procurador-Geral da República, Dr. Alcino Salazar[77]. Reconheceu, ainda, a Suprema Corte que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, o Ministro Victor Nunes:

> "(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar"[78].

Todavia, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior[79]. Da mesma forma, o ato do Senado haveria de ater-se à "extensão do julgado do Supremo Tribunal"[80], não tendo "competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la"[81]. Vê-se, pois, que, tal como assentado no acórdão do Supremo Tribunal Federal, o ato do Senado tinha o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes. Ressalte-se que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

Caberia indagar se o Supremo Tribunal Federal poderia vir a reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional, mesmo após a regular comunicação ao Senado. Considerando o lapso de tempo decorrido entre a comunicação e o novo julgado, a resposta poderá ser afirmativa. Assim como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta a que o Tribunal reveja a orientação anteriormente firmada. Neste caso, a suspensão superveniente não deverá produzir conseqüência juridicamente relevante.

Finalmente, deve-se observar que "a função política exercida pelo Senado é abrangente dos atos estaduais e municipais". E não se restringe a *lei* ou *decreto*, tal como prescrito no texto constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, "que de decretos fazem as vezes"[82]. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto[83]. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

---

[77] *RTJ*, 38 (1)/8-9.
[78] MS 16.512, voto do Ministro Victor Nunes Leal, *RTJ*, 38 (1)/23.
[79] Nesse sentido, cf. votos proferidos pelos Ministros Gonçalves de Oliveira e Cândido Motta Filho, *RTJ*, 38 (1)/26.
[80] MS 16.512, voto do Ministro Victor Nunes Leal, *RTJ*, 38 (1)/23.
[81] MS 16.512, voto do Ministro Pedro Chaves, *RTJ*, 38 (1)/12.
[82] Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 304; *RISTF*, art. 178 c/c o art. 176.
[83] MS 16.512, voto do Ministro Prado Kelly, *RTJ*, 38 (1)/16.

2.3.1. A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes — hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de dada expressão literal ou colmatando lacuna contida no regramento ordinário. O Supremo Tribunal não afirmaria propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que certa interpretação seja compatível com a Constituição ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta — redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em interpretação conforme à Constituição, já de si amplos, por natureza, não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Mencionem-se, ainda, os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado é problemática, para não dizer inviável, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a argüição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. A lei é constitucional e continua a ser. Da mesma forma, o antigo instituto não tem nenhuma importância para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição. Da mesma forma, a

suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

É certo que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal — pelo menos aquela de conotação substantiva[84]. É que a "decisão de calibragem" tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal. Todas essas razões demonstram o novo significado do instituto da suspensão de execução pelo Senado, no contexto da Constituição de 1988.

2.4. O controle incidental e a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99

Embora a Lei n. 9.868, de 10-11-1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Cuida-se aqui tão-somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade.

Necessária uma prévia análise da questão no Direito americano, que é a matriz do sistema brasileiro de controle. Vale ressaltar que nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara que "the inconstitutional statute is not law at all"[85], passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade[86].

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem[87]. O sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*[88]. Assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868, de 1999,

---

[84] Cf. RE 197.917 (Ação Civil Pública contra lei municipal que fixa o número de vereadores), Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 31-3-2004.

[85] Westel Woodbury Willoughby, The constitutional law of the United State, New York, 1910, v. 1, p. 9-10; cf. Thomas M. Cooley, A treaties on the constitutional limitations: wich ret upon the legislative power of the States of American Union, 4. ed., Boston, 1878, p. 227.

[86] Laurence H. Tribe, *American constitutional law*, Mineola — New York: The Foundation Press, 1988, p. 30.

[87] Oswaldo Luiz Palu, *Controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173; Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica, 1999.

[88] Cf., a propósito, Victoria Iturralde Sesma, *El precedente en el common law*, Madrid: Civitas, 1995, p. 174 e s.

talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adota a técnica da limitação de efeitos[89].

Ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso. O tema relativo à compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato não é exatamente novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade (1920-1929). Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140, n. 7, 2ª parte).

O assunto suscita problemas, dada a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex nunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*? Um argumento que pode ser suscitado diz respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, tal como já argüido no Direito português, afirmando-se que haveria a frustração da expectativa daqueles que obtiveram o reconhecimento jurisdicional do fundamento de sua pretensão.

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação — necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade — parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

Nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até determinado momento (v. g., até a decisão *in abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, freqüentemente, os efeitos produzidos até a data da publicação da

---

[89] Cf., v. g., a Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade;* cf. Eduardo Garcia de Enterría, Justicia constitucional, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, *RDP,* 22 (92)/5, out./dez.), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art. 174, 2, do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Marlx*, de 13-6-1979); cf. ainda Carlos Roberto Siqueira Castro, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99, in Daniel Sarmento (org.), *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99,* Rio de Janeiro, 2001.

declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa[90]. Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro.

Pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado da decisão. Os casos concretos ainda não transitados terão o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

Tendo-se em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, mostra-se possível distanciamento temporal entre decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Pode-se ensejar a insegurança jurídica. É razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Tem-se, a nosso ver, adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no Direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão. Aludida abordagem responde a outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 em alguns casos. No primeiro, controvertia-se sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica n. 222, de 31-3-1990, do Município de Mira-Estrela (SP), que teria fixado seu número de vereadores em afronta ao disposto no art. 29, IV, da Constituição. É que tal disposição prevê que o número de vereadores seja fixado proporcionalmente à população local, observando-se, nos Municípios de até um milhão de habitantes, a relação de um mínimo de nove e um máximo de vinte e um. Acolhendo proposta formulada em voto vista por nós proferido, o Tribunal consagrou que a decisão de inconstitucionalidade seria dotada de efeito *pro futuro*[91].

O segundo caso diz respeito à exigência de recolhimento à prisão para que o acusado pudesse apelar, discutida na Reclamação n. 2.391. Embora a referida reclamação tenha sido declarada prejudicada, por perda de objeto, o debate demonstrou que tais casos de revisão da jurisprudência amplamente consolidada no âmbito do Tribunal tornam relevante a discussão em torno dos efeitos da decisão. No caso, o Tribunal encaminhava-se para

---

[90] Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, cit., p. 748.
[91] Cf. RE 197.917, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004.

reconhecer que eventual declaração de inconstitucionalidade haveria de ser declarada com efeitos *ex nunc*[92]. O terceiro caso refere-se à decisão proferida na ADI 3.022, de 18-8-2004, na qual declarou o Tribunal a inconstitucionalidade de lei do Rio Grande do Sul, reconhecendo-se, pela primeira vez, que a decisão teria eficácia *pro futuro*[93].

Por fim, mencione-se o julgamento do HC 82.959, de 23-2-2006, quando o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal. Entendeu-se, no caso, que a vedação de progressão de regime, prevista na norma impugnada, afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado deteria certa incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena (Lei n. 8.072/90, art. 5º). No entanto, explicitou o Tribunal que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento, esclarecendo que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Mais uma vez, portanto, conferiu o Tribunal efeitos restritivos às suas declarações de inconstitucionalidade[94].

A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas — ADI, ADC, ADIo, ADPF e representação interventiva — operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de *dessubjetivização* das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes*.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a *desformalização* do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse *diálogo* e *intercâmbio* entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS SÚMULAS VINCULANTES

[92] Rcl. 2.391, Rel. Marco Aurélio. Declarada prejudicada por perda de objeto (*DJ* de 12-2-2007.
[93] ADI 3.022, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* de 18-8-2004.
[94] Cf. HC 82.959, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 13-3-2006.

3.1. Considerações gerais

O efeito vinculante das decisões de Tribunais Superiores sobre os atos de instâncias inferiores não configura novidade. Nelson de Sousa Sampaio apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante[95]. Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa[96].

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado, como referido. Sobre a súmula do Supremo Tribunal Federal e o *Restatement of the Law*[97], do Direito americano, observou Victor Nunes Leal que:

> "A jurisprudência da Súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal. E quanto a este a Súmula funciona como instrumento de autodisciplina propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o mesmo resultado por outro meio.
> A autoridade, que nos foi possível atribuir à Súmula — e que falta ao *Restatement* dos norte-americanos — não é inspiração do acaso ou da livre imaginação. As raízes dessa fórmula estão na abandonada tradição luso-brasileira dos assentos da Casa da Suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejulgados"[98].

Vê-se, pois, que a súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes entre nós nos assentos da Casa de Suplicação, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar-se da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.

---

[95] Nelson de Sousa Sampaio, O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário, *RDP,* 75/5 e s.
[96] Hans Kelsen, *Teoria pura do direito,* 2. ed., Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962, v. 2, p. 115-116.
[97] O "Restatement of Law" é uma consolidação de jurisprudência realizada por advogados, juízes e professores americanos, com o objetivo de conferir segurança ao estudo da aplicação dos precedentes (cf. Victor Nunes Leal, Problemas de direito público e outros problemas, *Arquivos do Ministério da Justiça,* Brasília, 1997, v. 2, p. 61).
[98] Victor Nunes Leal, Passado e futuro da Súmula do STF, *Arquivos do Ministério da Justiça,* cit.; *Problemas de direito público e outros problemas,* Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 279-300.

Essas diretrizes aplicam-se também à súmula vinculante consagrada na Emenda n. 45/2004. É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A).

3.2. Requisitos formais da súmula vinculante, revisão e cancelamento

Nos termos do art. 103-A da Constituição, a súmula vinculante deverá ser aprovada por maioria de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal (8 votos), havendo de incidir sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas do Tribunal.[99] A norma constitucional explicita que a súmula terá por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre interpretação de normas mm interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais. Nesses casos, em geral submetidos ao Tribunal sob alegação de contrariedade direta à Constituição (art. 103, III, *a*), discute-se a interpretação da Constituição adotada pelos órgãos jurisdicionais.

Outro requisito para edição da súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.

A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, como foi visto, decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização. Nos termos do § 2º do art. 103-A da Constituição, a aprovação, bem como a revisão e o cancelamento de súmula, poderá ser

---

[99] O STF editou até o momento três súmulas vinculantes (publicadas no DJ e DO de 6.6.2007):
Súmula Vinculante 1 – " Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001. "
Súmula Vinculante 2 – "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias."
súmula vinculante 3 – "Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão."

provocada pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei.

Autorizou-se, assim, ao legislador ampliar o elenco de legitimados. Parece altamente recomendável que dentre aqueles que venham a ser contemplados com essa legitimação, por decisão legislativa, estejam tribunais e juízes, uma vez que eles lidam, cotidianamente, com os processos que podem dar ensejo à formulação de súmulas. Como consectário de seu caráter vinculante e de sua "força de lei" para o Poder Judiciário e para a Administração, requer-se que as súmulas vinculantes sejam publicadas no Diário Oficial da União. Procura-se assegurar, assim, a sua adequada cognoscibilidade por parte de todos aqueles que lhe devem obediência.

Nos termos da Emenda Constitucional n. 45/2004, tal como a edição, o cancelamento ou a revisão da súmula poderá verificar-se mediante decisão de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal, de ofício ou por provocação de pessoas ou entes autorizados em lei, dentre eles os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, *caput*, e § 2º).

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do Direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula vinculante não ocorre de um momento para o outro, exigindo que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto, a sua alteração ou modificação também exige discussão cuidadosa.

À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que há previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos tribunais.

Tal questão foi objeto de observação do Ministro Sepúlveda Pertence, em pronunciamento perante a Câmara dos Deputados:

> "É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem".

A solenidade conferida ao procedimento de revisão da súmula vinculante permite e recomenda que o Tribunal confira a atenção devida à proposta de alteração.

A Lei n. 11.417, de 19-12-2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3. Obrigatoriedade e limites objetivos e subjetivos da súmula vinculante

Os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formulação. É evidente que esse enunciado poderá ser mais bem compreendido à luz das

referências da súmula, isto é, dos julgados que geraram a base para a decisão sumulada.

Assim, não raras vezes ter-se-á de recorrer às referências da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou *distinguishing* que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante.

Desde já, afigura-se inequívoco que a súmula vinculante conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis porventura declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. É que não foi alterada a cláusula clássica, constante hoje do art. 52, X, da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado. É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se dessume), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.

Mais uma razão para que se reveja a interpretação que se confere, tradicionalmente, ao disposto no art. 52, X, da Constituição, de modo a assegurar o efeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente de terem sido proferidas em sede de controle abstrato, direto ou incidental (cf. a propósito, *supra*, o Cap. 12, n. III — *Controle incidental ou concreto*).

Afigura-se inegável que, tendo em vista a própria formalidade do processo de aprovação e edição de súmula, o Tribunal não poderá afastar-se da orientação sumulada sem uma decisão formal no sentido da superação do enunciado eventualmente fixado. Aquilo a que Victor Nunes se referiu como instrumento de autodisciplina do Tribunal edifica-se, no contexto da súmula vinculante, em algo associado à própria responsabilidade institucional da Corte de produzir clareza e segurança jurídicas para os demais tribunais e para os próprios jurisdicionados.

A afirmação de que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida *cum grano salis*. Talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não mais deve subsistir. Aqui, como em toda mudança de orientação, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar.

3.4. Súmula vinculante e reclamação constitucional

Estabelece o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal de 1988 que, "do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao 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".

A reclamação constitucional vem prevista no art. 102, I, *l*, da Carta de 1988, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo constitucional adotado consagra a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula. E, na certa, essa é a grande inovação do sistema, uma vez que a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante já era largamente praticada. É certo que também essa reclamação estava limitada às decisões dotadas de efeito vinculante nos processos objetivos.

De qualquer sorte, tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação da súmula vinculante em toda a sua amplitude.

A adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância por parte desta dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos — agora de reclamações — para o Supremo Tribunal Federal.

Daí a necessidade de que a lei preveja procedimento administrativo adequado de modo a permitir, tanto quanto possível, que as questões eventualmente suscitadas possam ser resolvidas na própria esfera da Administração[100]. Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, o modelo de controle de constitucionalidade.

Com a ampliação do rol de entes legitimados para a propositura da ADI e da ADC – permitindo que as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal –, mais a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante conferido às decisões nesses processos, imprimiu-se ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidental*, mas ao modelo *concentrado*.

---

[100] Cf. Lei n. 9.784, de 29-1-1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. No que se refere ao procedimento para cumprimento de decisões judiciais pela via administrativa no âmbito estadual, cf. a Lei estadual n. 10.177, de 30-12-1998, do Estado de São Paulo.

A regulamentação da ADPF introduziu significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. É que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento. A estrutura de legitimação desse instituto, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das suas decisões completaram o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal.

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade da omissão. Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma "Teoria da Omissão Inconstitucional", cujo estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. No Brasil, a ação direta por omissão teve até agora uma aplicação restrita.

No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade – a ação mais relevante do sistema de controle de constitucionalidade de normas brasileiro – constitui inovação significativa a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades. Positivou-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

O STF passou a considerar admissível a reclamação, em sede de controle abstrato de normas, quando o órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional persistir na prática de atos concretos que pressuponham a validade da norma declarada inconstitucional. Essa jurisprudência foi positivada com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, na qual ficou estabelecido que "*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*".

No sistema difuso, consagrou-se, com a reforma do judiciário introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o instituto da repercussão geral, segundo o qual "*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-la pela manifestação de dois terços de seus membros*". O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Ademais, a Lei n. 10.259/2001, admitiu o encaminhamento de recurso extraordinário das decisões das turmas recursais dos juizados especiais ao Supremo Tribunal, retendo-se os recursos idênticos na origem. A mesma lei reconheceu a figura do *amicus curiae* no âmbito desse processo, afastando-se, dessa forma, de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário.

A fórmula adotada para o recurso extraordinário no âmbito dos juizados especiais federais foi estendida para os recursos extraordinários regulares, nos quais se discutam matérias repetitivas ou os chamados "casos de massa". Esse novo modelo legal traduz um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento passa a assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. A matéria está submetida à apreciação do STF.

No controle incidental, afigura-se obsoleto o instituto da suspensão da execução da lei ou ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal, no contexto da Constituição Federal de 1988.

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação — necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade — parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. Não parece haver dúvida de que, a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Em suma, a adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a *desformalização* do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse *diálogo* e *intercâmbio* entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Percebe-se inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.

Por fim, a súmula vinculante introduzida pela Emenda n. 45/2004 estabeleceu a vinculação dos órgãos judiciais e dos órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial. Porém, a súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante.

Poder Constituinte

Luís Roberto Barroso
Doutor e livre-docente em Direito pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil,
Mestre em Direito pela Yale Law School, Estados Unidos,
Professor Titular de Direito Constitucional da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil,
Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado

SUMÁRIO: 1. Nota prévia. 2. Conceito, origens e generalidades. 3. Processos constituintes e modelos constitucionais. 4. Titularidade e legitimidade de poder constituinte. 5. Natureza e limites do poder constituinte; 5.1. Condicionamentos pré-constituintes; 5.2. Condicionamentos pós-constituintes. 6. Procedimento. 7. Poder constituinte e legitimidade democrática. Conclusão.

1. NOTA PRÉVIA

No Brasil, somos todos discípulos do Professor Jorge Miranda. Ao longo da década de 80, livramo-nos do regime autoritário e passamos a ter uma Constituição democrática. Mas ainda não tínhamos uma massa crítica de teoria constitucional democrática, capaz de atender às demandas doutrinárias e práticas de um novo tempo. Portugal, ao revés, superada a turbulência dos primeiros anos que se seguiram à Revolução dos Cravos, já percorria uma trajetória firme rumo à maturidade constitucional. Por todas as razões, os constitucionalistas brasileiros voltaram seus olhos para seus colegas portugueses.Dentre eles destacava-se, desde a primeira hora, o Professor Jorge Miranda. Em primeiro lugar, por motivos acadêmicos: sua produção científica é notável, vertida em uma linguagem densa, didática, superlativamente clara. Não há professor de direito constitucional no Brasil que não tenha se beneficiado, em suas aulas e em seus escritos, dos primorosos volumes do seu *Manual*. A segunda razão para o sucesso do Professor Jorge Miranda entre nós é de natureza pessoal: seu modo de ser singular, afável e carismático deixa uma legião de amigos por onde passa.

A teoria constitucional e o direito constitucional vivem, no Brasil, um período de virtuosa ascensão científica e institucional. Aos vinte anos da Constituição de 1988, desenvolveu-se no país uma nova geração de constitucionalistas que se dedicam ao seu ofício com seriedade científica e espírito democrático. Felizmente, já temos uma produção acadêmica que exibe crescente qualidade. Pois mesmo nesse ambiente, o Professor Jorge Miranda continuou a ser uma referência, pela maturidade e consistência das suas posições, testadas ao longo do tempo.

Ao incluir-me, modestamente, no grupo extenso e diversificado de amigos que possui no Brasil, envio ao Professor Jorge Miranda, do lado de cá do Atlântico – onde as conquistas civilizatórias do constitucionalismo exigem militância diária para sua preservação – minha mensagem de afetuosa admiração.

2. CONCEITO, ORIGENS E GENERALIDADES[1]

[1] Alguns trabalhos de relevo sobre o tema podem ser destacados: NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*, 2002; ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1995; SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, 2001; BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003; SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*, 1986; SUR,

Assim como é possível falar de uma Constituição *histórica*, cuja existência antecedeu à compreensão teórica do fenômeno constitucional, também o poder constituinte, como intuitivo, está presente desde as primeiras organizações políticas. Onde quer que exista um grupo social e poder político efetivo, haverá uma força ou energia inicial que funda esse poder, dando-lhe forma e substância, normas e instituições. A *teoria* do poder constituinte, envolvendo especulações acerca de sua natureza, titularidade e limites, é que só recebeu elaboração em época mais recente[2]. Seu desenvolvimento remonta ao advento do constitucionalismo moderno, em um ambiente dominado pelas aspirações de racionalidade do iluminismo, do jusnaturalismo e do contratualismo. As noções de poder constituinte, soberania e legitimidade política iniciam sua longa e acidentada convivência.

A primeira Constituição escrita do mundo moderno foi a americana, elaborada pela Convenção da Filadélfia, de 1787. Fora precedida por diversas constituições estaduais das antigas colônias inglesas na América do Norte[3]. E, antes delas, por inúmeras declarações de direitos[4]. Não houve, nos Estados Unidos, um debate prévio mais sofisticado acerca do tema do poder constituinte e suas implicações. A Constituição surgiu como um fato histórico, obra de estadistas e legisladores, não de filósofos[5]. É certo que, *a posteriori*, já durante o processo de ratificação, produziu-se um conjunto de escritos explicativos do documento aprovado, que viriam se tornar – reunidos em um volume – um clássico da ciência política[6]

A Constituição francesa de 1791 foi contemporânea da Constituição americana, mais por coincidência histórica do que por afinidades nas suas causas e conseqüências. Nos Estados Unidos, a Constituição foi o momento de conclusão de um processo revolucionário – ou, mais propriamente, da emancipação da colônia em relação à metrópole. Na França, ao revés, o processo constituinte deflagrou o movimento revolucionário, que teve como marco inicial a

---

Emmanuel. Le pouvoir constituant n'existe pas! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple. In: *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, 2005; FURET, Fraçois e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da revolução francesa*, 1989; HELLER, Herman. *Teoria del Estado*, 1987; OTTO, Ignácio de. *Derecho : sistema de fuentes*, 1998; ELSTER, Jon. *Ulysses unbound*, 2000, e "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze anos de Constituição*, 2004; SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*, 2000; STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, 1987; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, 1985; ROSENFELD, Michel. The problem of 'identity' in Constitution-making and constitutional reform. In: *Social Science Research Network* (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005; DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michel, SAJÓ, András e BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*, 2003; DUHAMEL, Olivier e MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*, 1992; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999; FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*, 1981; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002; e JACKSON, Vicki e TUSHNET, Mark. *Comparative constitutional law*, 1999.

[2] V. por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003, p. 141: "Cumpre todavia não confundir o poder constituinte com a sua teoria. Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política".

[3] Antes da Constituição norte-americana de 1787, diversas das colônias já haviam promulgado constituições, algumas mais de uma vez. Confira-se: Delaware (1776), Maryland (1776), New Hampshire (1776), New Jersey (1776), North Carolina (1776), Georgia (1777), Pennsylvania (1776), South Carolina (1776 e 1778), Virginia (1776), New York (1777), Vermont (1777 e 1786), Massachusetts (1780).

[4] *E.g.*, a Declaração de Virginia é de 12 de junho de 1776.

[5] PANGLE, Thomas L. The philosophic understanding of human nature informing the Constitution. In: Allan Bloom (ed.). *Confronting the Constitution*, 1990, p. 9. V. tb. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, p. 43.

[6] HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *The federalist*. V. edição com introdução e comentários históricos de POLE, J.R., 2005.

convocação dos Estados Gerais e sua conversão em assembléia nacional constituinte[7]. Foi nesse ambiente que Sieyès desenvolveu e divulgou a formulação teórica que o tornaria célebre[8].

Em opúsculo clássico, intitulado *Qu'est-ce que le Tiers État?*, escrito no curso do processo revolucionário francês[9], Emmanuel Joseph Sieyès[10] apresentou as reivindicações do Terceiro Estado (a rigor, da burguesia) em face dos estamentos privilegiados, sobretudo a aristocracia[11]. Após identificar o Terceiro Estado com a nação, formulou ele a distinção essencial entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte, incondicionado e permanente, seria a vontade da nação, só encontrando limites no direito natural. O poder constituído, por sua vez, receberia sua existência e suas competências do primeiro, sendo por ele juridicamente limitado. Estavam assentadas as bases políticas da supremacia constitucional[12]. Para dar viabilidade prática à teoria e legitimar a Assembléia Nacional como poder constituinte, Sieyès afastou-se da doutrina rousseauniana da *vontade geral* e da necessidade de participação direta de cada indivíduo, substituindo-a pelo conceito de *representação política*[13]. A soberania popular rousseauniana foi substituída pela idéia de "soberania nacional"[14].

---

[7] Relembre-se o quadro histórico. O Antigo Regime encontrava-se em declínio e uma grave crise econômica, política e social afetava a França. Os tributos que oneravam o Terceiro Estado não eram suficientes para custear as despesas, que incluíam a dispendiosa corte de Versalhes, um exército mercenário e as guerras freqüentes na disputa pela hegemonia européia. O clero e a nobreza resistiam às reformas fiscais pretendidas por Luís XVI e pressionaram pela convocação dos Estados-Gerais. "Com isso, não só o absolutismo seria liquidado, como também os privilégios da nobreza e do clero. Sem perceber, a aristocracia abriu sua própria cova". V. KOSHIBA, Luiz e PEREIRA, Denise Frayse. *História do Brasil*, 1993, p. 123. V. FURET, François e OZOUF, Mona. *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, 1988.

[8] Comemorando o seu próprio feito, afirmou Sieyès: "Uma idéia sã e proveitosa se estabeleceu em 1788: a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos. Há de figurar como uma das descobertas que fizeram a Ciência dar um passo à frente e se deve aos franceses". Esta passagem se encontra em MALBERG, Carré de. *Contribution à la theorie générale de l'État*, 1922, p. 512; e também em KRÜGER, H. *Allgemeine Staatslehre*, 1966, p. 921, *apud* STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal alemana*, 1987, p. 315.

[9] Há uma versão em português, sob o título de *A constituinte burguesa*, 1986, organizada por BASTOS, Aurélio Wander, que averbou na Introdução: "O livro não antecede à Revolução, nem ao menos lhe sucede: sua dinâmica é a dinâmica da própria Revolução".

[10] À época simples cônego de Chartres, Sieyès tinha dificuldades em ascender na carreira eclesiástica além de um certo ponto, por não ter ascendência nobre. De modo que trazia em si esse ressentimento por ocasião da convocação dos Estados Gerais, em 1788. Sua percepção do momento revolucionário e seus escritos sobre o tema tornaram-no o primeiro e mais profundo teórico da revolução francesa. Teve intensa participação política em diferentes fases do processo revolucionário, inclusive em um de seus últimos atos, que foi a transferência do poder a Napoleão Bonaparte. V. FURET, François e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da revolução francesa*, 1988, p. 328 e ss.

[11] O argumento do livro é construído em torno da resposta a três perguntas: 1ª. O que é o Terceiro Estado? Tudo. 2ª. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. 3ª. O que é que ele pede? Ser alguma coisa. Na seqüência, Sieyès formula os três pedidos ("petições") que superariam a servidão e a humilhação do povo: I. Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado; II. Que seus deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero; III. Que os Estados Gerais votem por cabeças e não por ordem.

[12] Além de estabelecer a fundamentação política da supremacia constitucional, Sieyès foi também um dos primeiros a propor a criação de um órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade das leis. Trata-se do chamado "Júri constitucional". Em seu pronunciamento na Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República, Sieyès defende que esse tribunal deveria ter como atribuições "1ª – vigiar e guardar com fidelidade o depósito constitucional; 2ª – atender, ao abrigo das paixões funestas, às ideas que possam servir para aperfeiçoar a Constituição; 3ª - oferecer à liberdade civil uma tutela de equidade natural naquelas ocasiões graves em que la Lei tenha esquecido sua justa garantia." V. SIEYÈS, Emmanuel Sieyès. Opinion de Sieyès sobre las atribuciones y organización del tribunal constitucional. Pronunciado en la Convención nacional el 18 de Thermidor, año III de la República. In.: *De la revolución. Estudio preliminar*, s.d., p. 277.

[13] Sobre o tema, v. dentre muitos, VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, 1999, p. 32; FURET, François e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da revolução francesa*, 1988,

Estas, portanto, as origens históricas modernas do poder constituinte e de sua teoria. Em pouco mais de duzentos anos de existência, o conceito conservou seu núcleo essencial, mas sofreu variações significativas de conteúdo. Trata-se do poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição[15]. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política e sua legitimidade repousa na soberania popular. Modernamente, a reaproximação entre o Direito e a Ética, assim como a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, inspiram a percepção da existência de limites ao poder constituinte, a despeito das dificuldades teóricas que o tema suscita e das complexidades de sua efetivação.

Na seqüência do capítulo, faz-se o registro de alguns ciclos e experiências históricas que merecem destaque, bem como a análise de questões recorrentes na teoria do poder constituinte: *quem* o exerce (titularidade), *como* o exerce (procedimento), com qual *fundamento* (natureza) e dentro de que *condicionamentos* (limites).

3. PROCESSOS CONSTITUINTES E MODELOS CONSTITUCIONAIS

Desde o surgimento do Estado liberal, na segunda metade do século XVIII, o mundo viveu algumas ondas de constitucionalização, com a elaboração de Constituições por diferentes Estados, dentro de determinado período e circunstâncias históricas. Um autor identificou sete ciclos diversos[16]:

1. Entre 1780 e 1791, inúmeros Estados americanos, inclusive os Estados Unidos da América, assim como a Polônia e a França elaboraram constituições escritas;

2. Em 1848, um conjunto de revoluções ocorridas na Europa produziu constituições em mais de cinqüenta países, levando em conta, para esse fim, os inúmeros pequenos Estados que viriam a constituir a Itália e a Alemanha;

3. Após a 1ª. Guerra Mundial, foram criados ou recriados Estados como a Polônia e a Tchecoslováquia, e na Alemanha entrou em vigor a Constituição de Weimar;

4. Após a 2ª. Guerra Mundial, as nações derrotadas adotaram novas Constituições, sob tutela mais ou menos estrita dos aliados;

5. Com o fim dos impérios coloniais, uma nova onda se formou. Começou com Índia e Paquistão, na década de 40, e chegou ao seu ápice ao longo da década de 60, envolvendo países como Costa do Marfim, Gana e Nigéria;

6. Com o fim das ditaduras no sul da Europa, nos anos 70, Portugal, Espanha e Grécia ganharam novas constituições democráticas;

---

p. 328 e ss.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 21 e ss; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003, p. 145: "Engenhosamente, trata pois Sieyès de inserir o poder constituinte na moldura do regime representativo, de modo que se atenuem assim as conseqüências extremas oriundas do sistema de soberania popular conforme o modelo de Rousseau. A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção)".

[14] Para SIEYÈS, *A constituinte burguesa*, 1986, p. 69, a nação é "um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura". A preocupação de Sieyès era com a superação dos privilégios feudais. Uma nação de iguais poderia, portanto, ser representada pelos mesmos legisladores, não sendo necessária a participação direta do povo nem no momento de aprovação da constituição nem tampouco na atividade legislativa ordinária.

[15] Sobre o ponto, assinale-se a distinção feita por MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 357: "(Discernimos) um poder constituinte material e um poder constituinte formal; distinguimos entre um poder de autoconformação do Estado segundo certa ideia de Direito e um poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais..

[16] ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 368 e ss. A identificação de ciclos não tem, naturalmente a pretensão de incluir todos os eventos constituintes, mas apenas os momentos de especial significação.

7. E, por último, com o fim das ditaduras latino-americanas, na década de 80, e com a derrocada do comunismo na Europa oriental e central, na virada para a década de 90, inúmeros países adotaram novas constituições.

Do exame dos eventos históricos referidos, é possível determinar e sistematizar os cenários políticos em que mais comumente se dá a manifestação do poder constituinte, com a elaboração de novas constituições. São eles: a) uma revolução; b) a criação de um novo Estado (normalmente pela emancipação de uma colônia ou pela libertação de algum tipo de dominação); c) a derrota na guerra; d) uma transição política pacífica. O poder constituinte se diz *fundacional* ou *pós-fundacional*, conforme resulte na formação originária de um Estado ou apenas na reordenação de um Estado pré-existente. Contemporaneamente, o mundo assiste ao processo de criação de uma Constituição pela via do tratado internacional, como se passa na União Européia. Trata-se, todavia, de fenômeno ainda inacabado e que enfrenta momentos de incerteza[17].

A *revolução* está na origem do constitucionalismo moderno[18]. A experiência inglesa, embora tenha tido a marca da "Revolução Gloriosa", não se ajusta bem às categorias aqui exploradas, haja vista a natureza histórica e evolutiva de sua Constituição, que não teve um *marco zero* consubstanciado em uma carta escrita. A Constituição americana, por sua vez, elaborada mais de dez anos após a Declaração de Independência, ajusta-se mais adequadamente ao segundo cenário – criação de um novo Estado, após a libertação do jugo colonial. Desse modo, das três experiências precursoras iniciais do constitucionalismo liberal, revolucionário mesmo foi o ambiente em que elaborada e aprovada a Constituição francesa de 1791. Na experiência constitucional recente, também teve origem revolucionária, embora menos dramática, a Constituição portuguesa de 1976[19]. Para fins de sistematização, enquadram-se nesse cenário as constituições elaboradas após golpes de Estado, marca indelével do constitucionalismo latino-americano do século XX[20].

---

[17] Sobre o tema, vejam-se ROSENFELD, Michel. The problem of 'identity' in Constitution-making and constitutional reform. In: *Social Science Research Network* (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005, p. 17; e DORSEN, Norman *et al.*, *Comparative constitutional law*, 2003, p. 72. Em visão mais analítica dos diferentes cenários, assinalou ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 371: "Identifico um número variado de circunstâncias que induzem ao processo de elaboração de uma constituição. Primeiro, uma crise social ou econômica, como na elaboração da Constituição americana de 1787 ou da Constituição francesa de 1791. (...) Segundo, há a revolução, como na elaboração da Carta da França de 1830 ou das Constituições da França e da Alemanha de 1848. Terceiro, há o colapso do regime, como na elaboração de novas constituições no sul da Europa em meados dos anos 70 e na Europa oriental no início dos anos 90. Quarto, há o temor do colapso do regime, como na elaboração da Constituição francesa de 1958, que foi imposta por de Gaulle sob a sombra de uma de uma rebelião militar. (...) Quinto, há a derrota na guerra, como na Alemanha após a 1ª. e a 2ª. Guerra, ou na Itália e no Japão após a 2ª. Sexto, há a reconstrução após a guerra, como na França em 1946. Sétimo, há a criação de um novo Estado, como na Polônia e na Tchecoslováquia após a 1ª. Guerra Mundial. Oitavo e finalmente, há a liberação do regime colonial, como nos Estados Unidos em 1776 e em muitos países do terceiro mundo após 1945".

[18] Sobre o conceito de revolução, v. ARENDT, Hannah. *On revolution*, 1986. V. tb. DAHRENDORF, Ralph. *Reflexões sobre a revolução na Europa*, 1993, p. 14.

[19] Comentando o tema da revolução como fenômeno constituinte, escreveu MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 361-2: "[P]or causa da Revolução francesa e, em menor medida, das Revoluções portuguesa de 1640, inglesa de 1688 e americana, e por causa da mudança de mentalidades que as prepara ou acompanha – passa a ser encarada não tanto pelo seu sentido negativo quanto pelo seu sentido positivo. Passa a ser encarada não tanto como substituição de um governo por outro quanto como criação de uma ordem nova – o que está, seguramente, ligada à prevalência das formas modernas de legitimidade legal-racional sobre as formas anteriores de legitimidade tradicional (na acepção de Max Weber). (...) A revolução não é o triunfo da violência; é o triunfo de um Direito diferente ou de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição – não em face da Constituição *in fieri* que, com ela, vai irromper".

[20] No Brasil, por exemplo, as Constituições de 1934, 1946 e 1967 seguiram-se à deposição de governos. A atribuição de caráter revolucionário a golpe de Estado foi o fundamento inicial do regime militar implantado a

A *criação de um novo Estado*, normalmente pela emancipação em relação a um poder externo dominante, também constitui cenário típico. A partir da era dos descobrimentos, potências européias se expandiram por diferentes partes do mundo, formando colônias inglesas, francesas, holandesas, espanholas e portuguesas. O processo de emancipação desses Estados coloniais levou a uma intensa produção constitucional, tendo por marco inicial os Estados Unidos, ainda no século XVIII. Ao longo do primeiro quarto do século XIX, a maior parte das colônias espanholas na América Latina se tornou independente, aprovando constituições. O Brasil libertou-se de Portugal em 1822, adotando sua primeira Constituição em 1824. Colonizados em um momento posterior, os países da Ásia e da África tornaram-se independentes após a 2ª. Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, iniciando-se com Índia e Paquistão, em 1947, e encerrando-se com Angola e Moçambique após a Revolução portuguesa de 1974. Na última década do século passado, inúmeros novos países se formaram, com a desintegração da Iugoslávia[21] e da União Soviética[22].

Ao longo do século XX, a *derrota na guerra* foi fator de reconstitucionalização de diversos países. Ao fim da 1ª. Guerra Mundial, a Alemanha adotara a Constituição de Weimar, de 1919. A derrota na 2ª. Guerra Mundial levou à elaboração de novas constituições nos três grandes derrotados: Alemanha, Japão e Itália. Na Alemanha, as potências aliadas vitoriosas impuseram a adoção de uma Constituição que satisfizesse condições mínimas relativas à forma federal de governo e à preservação dos direitos e liberdades individuais[23]. Em maio de 1949 foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn. No Japão, houve interferência direta das forças de ocupação, especialmente dos Estados Unidos, induzindo à adoção de um modelo democrático, com a proteção de direitos individuais e a limitação dos poderes do imperador[24]. A Constituição do Japão entrou em vigor em maio de 1947. Na Itália, Mussolini havia sido deposto em 1943, tendo o governo do Marechal Badoglio firmado a paz com os aliados e declarado guerra à Alemanha. Após um plebiscito que decidiu pela implantação da República, a Constituição italiana entrou em vigor em janeiro de 1948.

O cenário de *transição política pacífica* dominou a elaboração constitucional no último quarto do século XX. A experiência da Espanha, após a morte de Franco, em 1975, é considerada o exemplo paradigmático de transição de um Estado autoritário para uma democracia constitucional. A Constituição espanhola em vigor é de dezembro de 1978. Na América Latina, o Brasil foi o modelo de transição bem sucedida, numa travessia pacífica

---

partir de 1964, quando da edição do Ato Institucional n. 1: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do poder constituinte. Èsse se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do poder constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como poder constituinte, se legitima por si mesma". Para uma interessante análise comparativa entre o constitucionalismo americano e o latino-americano, com ênfase no contraste entre "rule of the law" e "golpismo", v. ROSENN, Keith. The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an explanation, *Inter-Amarican Law Review 22:*1, 1990.

[21] Após ser dividida em 1991, a antiga Iugoslávia deu origem às seguintes unidades territoriais: Croácia; Bósnia-Herzegovina, Eslovênia, Macedônia e Sérvia e Montenegro. Está última se dividiu novamente em 2006, dando origem às Repúblicas da Sérvia e de Montenegro.

[22] Após a dissolução da União Soviética, em 25 de dezembro de 1991, 15 novos Estados viriam ingressar ou reingressar na ordem internacional. São eles: Armênia, Azerbaijão Bielorrússia, Casaquistão, Estônia, Geórgia, Letônia, Lituânia, Moldávia, Quirguistão Rússia, Turcomenistão, Tajiquistão, Ucrânia e Uzbequistão.

[23] Muitos estudiosos concordam que estas "condições mínimas" impostas coincidiam com as idéias que já vinham sendo desenvolvidas pelos próprios alemães. V. JACKSON e TUSHNET, *Comparative constitutional law*, 1999, p. 258.

[24] V. DORSEN, Norman *et al.*, *Comparative constitutionalism*, 2003, p. 72-3. V. tb. JACKSON e TUSHNET, *Comparative constitutional law*, 2003, p. 259: "O ante-projeto inicial do que veio a se tornar a Constituição foi preparado por um pequeno grupo de juristas americanos no gabinete do General Macarthur, Comandante Supremo das Potências Aliadas, sob ordens para estabelecer a proteção dos direitos humanos, manter o imperador mas submetê-lo a controle popular, renúncia às soluções bélicas e eliminação dos resíduos aristocráticos".

entre o ocaso do regime militar e a Constituição de 5 de outubro de 1988. Igualmente pacífica foi a transição política e a reconstitucionalização de inúmeros países da Europa oriental após o fim do comunismo, incluindo países como Polônia, Hungria, Romênia e Bulgária, que promulgaram novas constituições ou reformaram substancialmente as já existentes[25]. Na África do Sul, a transição do regime de *apartheid* para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997.

Por fim, uma menção ao cenário do tratado-constituição. Em 29 de outubro de 2004, foi assinado em Roma, por representantes de 25 Estados Europeus[26], o "Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa". Movido pela ambição de instituir algo próximo a um "Estado europeu", o propósito do tratado é criar uma nova União Européia, que venha a suceder juridicamente à Comunidade Européia, criada pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, e à União Européia, criada pelo Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992[27]. A idéia de um tratado-constituição, suas relações com as Constituições de cada Estado-membro e a discussão sobre a existência ou não de uma identidade comum entre os diferentes povos que compõem a Europa suscitam um conjunto amplo de debates acerca das possibilidades e limites de um projeto dessa natureza[28]. Este não é o espaço para desenvolver essa reflexão. Além disso, o projeto de criação de uma Constituição européia foi abalado por sua não ratificação, no ano de 2005, em referendos levados a efeito na França e na Holanda.

Em meio a muitas ondas constitucionais e cenários constituintes, alguns modelos de Constituição se destacaram, seja por sua importância em si para os Estados por elas organizados, seja pela influência que exerceram sobre as Cartas elaboradas por outros países. Em registro esquemático, são elas:

a) a *Constituição inglesa.* O modelo inglês de Constituição não-escrita, desenvolvida historicamente por um processo evolutivo – e não por ato constituinte – ainda simboliza uma experiência de sucesso, apesar de não poder ser reproduzida com viabilidade por outros povos. A denominada "democracia de Westminster" tem como marca a supremacia do Parlamento e a ausência de controle de constitucionalidade das leis, apesar de alguns temperamentos recentes (v. *supra).* No mundo contemporâneo, praticamente todos os Estados possuem um documento escrito denominado Constituição, salvo as exceções sempre lembradas: Reino Unido, Israel e Nova Zelândia.

b) a *Constituição francesa de 1958.* Elaborada em uma conjuntura de crise política e militar e submetida a um processo de ratificação popular, esta Carta merece destaque pelo papel que desempenhou e por suas singularidades, antes que por sua influência para além da própria França. Instituidora da 5ª. República, criou um modelo semi-parlamentarista (no qual o Presidente passou a ser eleito diretamente, sendo titular das competências políticas mais importantes) e previu uma forma peculiar de controle de constitucionalidade prévio, exercido por um Conselho Constitucional.

No início do século XXI, os dois modelos constitucionais mais influentes são:

a) a *Constituição americana.* O primeiro sinal explícito de seu sucesso é a duração: o texto sintético, escrito com a linguagem aberta das cláusulas gerais e dos princípios, vigora desde sua ratificação, em 1791, tendo sofrido apenas 27 emendas. Instituições inovadoras,

---

[25] A Romênia e a Bulgária, por exemplo, promulgaram novas Constituições em 1991. A Hungria promoveu alterações substanciais ao texto já existente, de 1949. O mesmo ocorreu na Polônia, que adotou um Ato Constitucional, em 1992, destinado a vigorar em substituição à Constituição de 1957 e até a promulgação de uma nova Carta, o que veio ocorrer em 1997. Sobre o tema, na literatura jurídica brasileira, v. CERQUEIRA, Marcelo. *A constituição na História*, 2007.

[26] Além dos 25 Estados que já integram a União Européia, o documento foi assinado, também, por representantes da Bulgária, Romênia e Turquia.

[27] V. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Constituição européia*, 2004, Prefácio.

[28] Sobre o tema, v. ROSENFELD, Michel. The problem of 'identity' in Constitution-making and constitutional reform. In: *Social Science Research Network* (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005, p. 20-1.

como o federalismo, um modelo eficiente de separação de Poderes e o controle de constitucionalidade (*judicial review*), aliadas à supremacia econômica e militar que os Estados Unidos passaram a exercer após a 2ª. Guerra, inspiraram inúmeras Cartas mundo afora, inclusive no Brasil, onde sua influência está presente desde a primeira Constituição republicana, de 1891.

b) a *Constituição alemã*. A Lei Fundamental de Bonn desempenhou papel notável na superação do trauma do nazismo pelo povo alemão[29]. A atuação do Tribunal Constitucional Federal foi fonte de uma jurisprudência rica e protetiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais, tornando-se referência para inúmeros Estados que se reconstitucionalizaram após a 2ª. Guerra Mundial. Especialmente nos países herdeiros da tradição jurídica romano-germânica, como Portugal, Espanha e Brasil, o pensamento constitucional alemão desempenhou um papel marcante na reconstrução teórica de um direito constitucional democrático.

4. TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte, como qualquer poder efetivo, envolve a manifestação de vontade de quem o exerce e o consentimento ou a sujeição de quem a ele se submete. Dificilmente será possível falar na vigência de uma Constituição onde haja desobediência ampla e generalizada. Na sua essência, portanto, o poder constituinte consiste na capacidade de elaborar uma Constituição e de determinar sua observância[30]. Nesta acepção, consiste ele em uma situação de fato[31]. Todo exercício de autoridade, no entanto, precisa ser justificado, necessita de um fundamento que o legitime. Historicamente, essa justificação foi buscada em fatores diversos: a força bruta, o poder divino, o poder dos monarcas, a nação, o povo[32].

---

[29] A esse propósito, escreveu ACKERMAN, Bruce. "The rise of world constitutionalism", *Yale Law School Occasional Papers 3*:6 1997: "É impossível compreender o notável sucesso do Tribunal Constitucional Federal – tanto em termos de sua jurisprudência como em termos de sua efetiva autoridade – sem reconhecer que a Lei Fundamental se tornou, para a sociedade em geral, um símbolo do rompimento da nação com o passado nazista. (...) Em lugar de ser um símbolo positivo de um novo começo, a Lei Fundamental poderia muito bem ter tido o mesmo destino do Tratado de Versalhes ou da Constituição de Weimar, tornando-se símbolos da desgraça nacional, a ser descartado na primeira oportunidade".

[30] O caráter de decisão política com força impositiva é enfatizado por SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, 2001, p. 93: "Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo. (...) Uma Constituição não se apóia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Se apóia em uma decisão política...". Veja-se, todavia, já em HELLER, Herman. *Teoria del Estado*, 1987, cuja 1ª. edição é de 1934, referência à necessidade de aceitação e justificação desse poder: "A questão da legitimidade de uma Constituição não pode, naturalmente, contestar-se referindo-se a seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Mas, por outro lado, uma Constituição precisa, para ser Constituição, é dizer, algo mais do que uma relação fática e instável de dominação, para valer como uma ordenação conforme ao direito, de uma justificação segundo princípios éticos de direito".

[31] V. a propósito, CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 65: "[N]o fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de 'poder', de 'força' ou de 'autoridade' política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política".

[32] Exemplo interessante de exercício do poder constituinte como força material impositiva, cumulado com um esforço de justificação, é o já citado Ato Institucional n.1, editado pouco após o movimento militar de 1964 pelo "Comando Supremo da Revolução", cuja redação é atribuída a Francisco Campos: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Esta se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto esteja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação

Portanto, o debate acerca da titularidade do poder constituinte, na teoria constitucional, não tem por objeto a descrição da força material que o exerce, mas a sua valoração ética. Trata-se de uma discussão acerca da legitimidade do poder, o que significa, em última análise, definir em quem repousa a soberania. Ao contrário dos atos infraconstitucionais e infra-legais, que se sujeitam a um controle de validade em face da Constituição e das leis, a atuação do poder constituinte não é limitada pela ordem jurídica pré-existente. Diante disso, só é possível aferir se ele é legítimo ou não, vale dizer, se corresponde aos valores civilizatórios e às aspirações de justiça, segurança e bem-estar da coletividade política[33].

Em um estágio mais primitivo da história da humanidade, o poder se legitimava na *força bruta*. A capacidade de um indivíduo sobrepujar fisicamente os demais conferia-lhe ascendência sobre o grupo. A supremacia física dava a ele, igualmente, capacidade de melhor proteger a coletividade contra as ameaças externas, fossem as da natureza, dos animais ou a de outros grupos humanos. O processo civilizatório consiste em um esforço de transformação da força em Direito, da dominação em autoridade[34]. Esta conversão da força bruta em poder legítimo se dá, sobretudo, pela definição e observância dos valores supremos do grupo e pelos mecanismos de obtenção do consentimento e da adesão dos destinatários do poder. Nada obstante, a força e o poder, nem sempre acompanhados da justiça, são parceiros inseparáveis em todas as sociedades políticas[35].

O caráter *divino* do poder foi outro fundamento histórico de sua justificação[36]. Pelos séculos afora, a titularidade do poder máximo, do poder constituinte, recaía diretamente sobre Deus[37]. Esta a concepção que prevaleceu ao longo da Idade Média, sob o domínio da Igreja Católica e da filosofia aristotélico-tomista. O cristianismo, na sua expressão religiosa, filosófica e política, foi por muitos séculos a principal força material existente e é impossível exagerar sua influência sobre a evolução histórica, a cultura e as instituições que se formaram nos últimos dois mil anos. Sobretudo após a conversão de Constantino, no século IV, dá-se curso à progressiva integração entre Igreja e Estado, até que ambos se tornassem inseparáveis[38]. Somente com os primeiros sinais da modernidade e o desenvolvimento do racionalismo filosófico tem início o processo de secularização do poder.

---

das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o povo é o único titular".

[33] Na expressão feliz de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003, p. 160, trata-se de "uma reflexão que obrigatoriamente se inclina para o exame dos valores cuja presença justifica tanto o comando como a obediência. O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor".

[34] Sobre os tipos de dominação e a legitimidade do poder, v. página clássica de WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. 1, 2000, p. 141: "Há três tipos puros de dominação legítima: 1. de caráter *racional*: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou 2. de caráter *tradicional*: baseada na crença cotidiana da santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional) ou, por fim, 3. de caráter *carismático*: baseada na veneração extraordinária da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)".

[35] Em página inspirada, escreveu PASCAL. *Pensamentos*, 1999, p. 111-2: "A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem a força será contestada, porque há sempre maus; a força sem a justiça será acusada. É preciso, pois, reunir a justiça e a força; e, dessa forma, fazer com que aquilo que é justo seja forte, e aquilo que é forte seja justo. (...) A justiça está sujeita a disputas: a força é bastante reconhecível, e sem disputa. Por isso não se pôde dar a força à justiça, porque a força contradisse a justiça, afirmando que esta era injusta, e que ela é que era justa; e, assim, não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, fez-se com que o que é forte fosse justo".

[36] Sobre o tema, v. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, 2003, p. 5 e ss.

[37] *Omnis potestas a Deo* ("Todo o poder vem de Deus"). Sobre o tema, v. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, 2001, p. 93.

[38] V. JOHNSON, Paul. *História do cristianismo*, 2001, p. 152-3: "O processo de integração entre Igreja e Estado, iniciado com Constantino, prosseguiu até que ambos se tornassem inseparáveis: o império bizantino

A afirmação da *soberania do monarca*, titular do poder supremo, deu-se progressivamente na fase final da Idade Média, também com fundamento divino. O príncipe, rei ou monarca exerce o poder por escolha e concessão de Deus. Como conseqüência, era dependente do reconhecimento da Igreja e da bênção do Papa. Nesse ambiente, começa a se delinear, paulatinamente, o conceito de soberania, que viria a ser o lastro do absolutismo monárquico[39]. Nele se contém a idéia de supremacia interna do *soberano* sobre os senhores feudais e outros poderes menores, bem como de sua independência em relação a poderes externos, especialmente a Igreja Católica[40]. Com o passar do tempo, o conflito entre esses dois poderes se tornaria inevitável: de um lado, o poder material (temporal, secular) do monarca; e, de outro, o poder espiritual (mas com pretensão a muito mais) do Papa. Essa disputa marcou o último ciclo da Idade Média e só terminou com a consolidação do Estado moderno e a afirmação do poder temporal[41].

O princípio monárquico em sua forma plena – isto é, o rei como titular da soberania e do poder constituinte – voltou a prevalecer na Europa em mais de um momento, mesmo depois da Revolução Francesa. Após a queda de Napoleão, teve lugar a *Restauração* na França (1815-1830); e, entre 1814 e 1815, o Congresso de Viena reuniu as principais casas reais européias – inclusive o Czar da Rússia, o Imperador da Áustria e o Rei da Prússia –,

---

tornou-se, na verdade, uma forma de teocracia, com o imperador desempenhando funções sacerdotais e semidivinas e a Igreja Ortodoxa constituindo um departamento de Estado encarregado de assuntos espirituais. Essa conjugação perdura por mil anos, até que os resquícios do império foram invadidos pelos turcos otomanos, em meados do século XV".

[39] A primeira obra teórica sobre o conceito de soberania foi BODIN, Jean. *Os seis livros da República*, 1576. Sobre o tema, v., dentre muitos outros, JELLINEK, Georg. *Teoria general del* Estado, 1981, p. 327 e ss.; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, 1987, p. 261 e ss.; e DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 1989.

[40] V. JELLINEK, Georg. *Teoria general del* Estado, 1981, p. 331: "O Estado moderno se diferencia radicalmente do antigo pelo fato de haver sido combatido, desde o seu começo, por diferentes lados, e como conseqüência precisou afirmar sua existência em meio a fortes disputas. Três poderes combateram sua substância ao longo da Idade Média: primeiro a Igreja, que quis colocar o Estado a seu serviço; imediatamente depois, o Império Romano, que não quis conceder aos Estados particulares mais valor que o de meras províncias; finalmente, os grandes senhores e corporações, que se sentiam poderes independentes do Estado e acima dele".

[41] V. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do Estado*, 1989, p. 57. Dallari narra dois fatos ilustrativos de duas diferentes fases dessa disputa, que revelam o sentido em que evolui: "O primeiro fato se passa no século XI. Henrique IV, Imperador da Alemanha, nomeou feudalistas eclesiásticos para bispados alemães, sendo tais nomeações declaradas nulas pelo Papa Gregório VII. O Imperador, inconformado e ofendido, convocou uma reunião de todos os bispos alemães, visando à deposição do Sumo Pontífice. Este, inteirado daquela iniciativa, publicou um ato de excomunhão e determinou que nenhum Estado cristão reconhecesse mais Henrique IV como Imperador, no que foi obedecido. Impotente para reagir ou resistir, o Imperador não teve outra saída, e, no dia 27 de janeiro do ano de 1077, fez a famosa peregrinação a Canossa, nos Alpes italianos, vestido de buril e com os pés nus, esperando ajoelhado na neve que o Papa lhe concedesse o perdão.

O segundo fato se passa no século XIV. Reinando na França Filipe, o Belo, teve diversas desavenças com o Papa Bonifácio VIII. De um lado, o rei era acusado de cobrar impostos excessivos sobre os bens da Igreja na França. Acerbamente criticado pelo Papa, Filipe, por sua vez, proibiu que saísse dinheiro da França para Roma e sofreu ameaça de excomunhão. As relações eram extremamente tensas quando, em 1301, um bispo francês foi acusado de conspirar a favor da Inglaterra, sendo preso. O Papa Bonifácio VIII, não acreditando na acusação, pretendeu que o bispo fosse enviado a Roma para julgamento, condenando publicamente o ato do monarca francês. Mas a situação já era, então, bem diversa daquela do século XI. Filipe retrucou violentamente, acusando o Papa de interferência em assuntos de ordem temporal e chegando mesmo a pretender que se realizasse um concílio para depô-lo. Depois de violentos ataques verbais recíprocos, publicando-se na França um édito em que Bonifácio VIII era acusado de dissolução e de haver tramado a renúncia de seu antecessor Celestino V, chegou-se à ação mais drástica. Em setembro de 1303, quando repousava no Castelo de Anagri, o Papa foi preso pelos soldados de Filipe, o Belo, comandados por Guilherme Nogaret, distribuindo-se à população do local todos os bens do castelo. Dizendo que se submetia à autoridade do Papa em matéria espiritual, mas que não admitia sua intromissão em matéria temporal, Filipe consentiu na liberação de Bonifácio VIII três dias depois. Regressando a Roma, humilhado e abatido, o Papa morreria no mês seguinte. Era a primeira grande vitória do absolutismo, assinalando de maneira violenta a presença de um novo Estado".

procurando restabelecer a velha ordem e as prerrogativas das dinastias, inclusive das que haviam sido depostas. Nova reafirmação do princípio veio por ocasião das contra-revoluções que se seguiram aos movimentos populares – alguns liberais, outros nacionalistas – que sacudiram a Europa em 1848 e 1849[42]. Em Portugal, o título de legitimação do poder constituinte alternou-se em sucessivas rupturas com a ordem vigente, referidas pela doutrina como descontinuidades materiais[43]. Todavia, o sentimento liberal que havia sido despertado pelas Revoluções Francesa e Americana iria prevalecer e dominar o final do século XIX.

A idéia de *soberania nacional*, pela qual o poder constituinte tem como titular a nação, foi sustentada por Sieyès e teve acolhida ampla na doutrina francesa. Com tal teoria, subtraía-se o poder constituinte tanto do monarca como dos poderes constituídos. Ao combinar poder constituinte com sistema representativo, Sieyès admitiu que a Constituição fosse elaborada, não diretamente pelo povo (que via como uma entidade puramente numérica), mas por uma assembléia constituinte, órgão cujos representantes eram eleitos e que expressava a vontade da nação. Sendo soberana a assembléia, a Constituição por ela elaborada não precisava ser submetida à ratificação popular. Esta foi a fórmula que prevaleceu em relação à Constituição de 1791, mas que foi posteriormente superada[44]. No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 invocam a soberania nacional[45].

A teoria da *soberania popular*, isto é, de que o poder constituinte é titularizado pelo povo, tornou-se historicamente vitoriosa. Foi este o fundamento invocado desde a primeira hora pelo constitucionalismo americano. Com efeito, a tarefa de elaborar o texto constitucional foi outorgada a uma convenção, mas o produto do seu trabalho foi a seguir submetido à ratificação popular. O princípio da soberania popular é a locução inicial do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos – "*We the people*" –, estando inscrito, igualmente, no preâmbulo da Constituição alemã, de 1949, e na francesa, de 1958, em meio a inúmeras outras. Na Constituição brasileira de 1988, além da referência expressa na abertura do preâmbulo – "Nós, representantes do povo brasileiro" –, o princípio é reiterado como norma positiva no parágrafo único do art. 1º, onde se enuncia: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

---

[42] V. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, 1987, p. 311 e ss.: "O problema do poder constituinte aparece em primeiro plano no século XIX, no processo constituinte monárquico, antes e depois do Congresso de Viena, quando em contraposição a Sieyès se reconheceu o poder constituinte não na nação (povo), senão no monarca". Para um panorama histórico sintético do período aqui mencionado, v. GARRATY, John e GAY, Peter. *The Columbia history of the world*, 1988, p. 787 e ss.

[43] V. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 197: "A Constituição de 1822 resulta do exercício do poder constituinte democrático (título de legitimação: a nação, o povo) materialmente distinto do poder constituinte monárquico. A Carta Constitucional de 1826 é, de novo, um momento de descontinuidade material porque ela reafirma o poder constituinte monárquico postergando o 'poder constituinte da nação' presente na Constituição de 1822. A Constituição republicana de 1911 consubstancia uma nova ruptura ou descontinuidade material ao apelar para o poder constituinte do povo com total rejeição do antigo poder constituinte monárquico. (...) Apesar das constituições de 1933 e 1976 surgirem formalmente como manifestação do poder constituinte democrático (sob a forma plebiscitária a primeira e sob a forma representativa a segunda) elas em nada se comparam quanto aos princípios estruturantes".

[44] Para ficar apenas nos exemplos mais recentes, as duas últimas Constituições francesas – a de 1946 e a de 1958 – foram levadas à ratificação popular.

[45] A Constituição de 1824 assim dispunha: "Art. 12. Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação". Na prática, todavia, ela estava mais próxima da idéia de soberania *monárquica*, como se extrai do seu Preâmbulo, na qual faz menção o Imperador ao fato de súditos terem *requerido* que ele jurasse o Projeto de Constituição que ele lhes havia *oferecido*. Já a Constituição de 1891 estatuía: "Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si". As demais Constituições brasileiras, com maior ou menor autenticidade, reportavam-se à soberania popular.

A teoria democrática se fixou na concepção de que a soberania é do povo[46]. A Constituição, como regra, é elaborada por um órgão cujos membros são eleitos especificamente para esse fim. Em alguns países, a assembléia age diretamente em nome do povo e a Constituição será o produto de sua deliberação, como é a tradição brasileira. Em outros, após aprovado o texto pela assembléia ou convenção, deve ele ser submetido à ratificação popular, modelo iniciado com a Constituição americana. Uma vez concluída sua obra, o poder constituinte retorna ao seu estado de latência, cedendo lugar à norma por ele criada. A Constituição passa a ser a lei suprema e os poderes do Estado passam a ser poder constituído. Por esse mecanismo, a soberania popular se converte em supremacia da Constituição[47].

5. NATUREZA E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE

A teoria original do poder constituinte foi desenvolvida por Sieyès dentro da moldura histórica e filosófica do jusnaturalismo. O poder constituinte da nação – consistente na capacidade de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem – encontra-se fora e acima do poder constituído, vale dizer, do sistema jurídico positivo, das instituições de poder existentes. Qualificava-se, assim, como inalienável, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito pré-existente. Seu fundamento de legitimidade e, conseqüentemente, seu limite de atuação, situava-se em um Direito superior, o direito natural, no qual se colheu justificação para a superação do *Velho Regime* e a afirmação das liberdades e direitos burgueses. Nessa perspectiva, o poder constituinte é um *poder de direito*, fundado não no ordenamento vigente, mas no direito natural, que existe antes da nação[48].

A esta visão contrapõe-se o positivismo jurídico, que ao contrário do jusnaturalismo, não reconhece a possibilidade de um Direito pré-existente ao Estado. Como o poder constituinte cria – ou refunda – o Estado, sendo anterior a ele, trata-se de um *poder de fato*, uma força política, situada fora do Direito (metajurídica, portanto) e insuscetível de integrar o seu objeto. Nesse particular, tanto o normativismo kelseniano, com a tese da norma fundamental pressuposta[49], como o decisionismo de Carl Schmitt, pelo qual a Constituição é uma vontade

---

[46] Povo já não significa uma entidade mítica, mas um *complexo de forças políticas plurais*, como anotou CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 75, fazendo remissão a HÄBERLE, Peter e BOCKENFORD, E.W.: "Poder constituinte significa, assim, *poder constituinte do povo*. O povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma 'grandeza pluralística' (P. Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes". Para uma importante reflexão sobre este tema, v. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento sobre o poder constituinte do povo*, 2004.

[47] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, 1999, pp. 34 e 40.

[48] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*, 1986, p. 117: "A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito *natural*". Sobre o ponto, v. tb. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 21-4.

[49] Kelsen concebe o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas, no qual as normas inferiores têm como fundamento de validade as superiores, numa cadeia que encontra seu ápice na Constituição. A teoria não explica, porém – e deliberadamente afirma que não pretende explicar – o fundamento de validade da própria Constituição. Afirma, ao contrário, a existência de uma norma fundamental pressuposta, cujo comando seria algo como *devemos respeitar as ordens do autor da Constituição*. A ciência do Direito, tal como a formula Kelsen, não teria nada a dizer sobre o conteúdo da Constituição, dada a inexistência de um parâmetro jurídico objetivo que lhe seja anterior e superior. V. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, 1979, p. 269: "[A] norma que representa o fundamento de validade de outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada.

política com força para se impor[50], conduzem ao mesmo resultado: o de que o poder constituinte é um fato pré-jurídico, externo ao Direito[51].

É fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo pré-existente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. Contemporaneamente, é a observância de critérios básicos de justiça que diferencia o direito do "não-direito"[52]. A força bruta não se legitima apenas pela circunstância de se travestir da forma constitucional. Deve-se enfatizar, ademais, que a separação radical entre fato e norma, entre faticidade e normatividade, já não encontra abrigo confortável na teoria jurídica contemporânea. O Direito passa a ser visto como o produto final de uma interação entre ambos.

5.1. Condicionamentos pré-constituintes

Os condicionamentos jurídicos estarão presentes desde o primeiro momento, envolvendo aspectos como o ato convocatório, o processo de escolha dos integrantes da assembléia ou convenção e, por vezes, até mesmo o procedimento de deliberação a ser adotado. Não é possível falar em soberania popular ou em democracia sem Direito, sem normas que disciplinem a participação de todos, em regime de liberdade e igualdade[53]. O equacionamento adequado de tais questões teve lugar nos diferentes cenários de elaboração constitucional, seja na França, nos Estados Unidos, na Alemanha, em Portugal ou na África do Sul[54]. No Brasil, a convocação da assembléia constituinte que elaborou a Constituição de 1988 se deu por via de emenda constitucional à Carta de 1967-69. Com efeito, a Emenda Constitucional n. 26, de

---

Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada".

[50] V. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, 2001, p. 93.

[51] Na doutrina francesa, essa posição é defendida por MARLBERG, Carré de. *Contribution a la théorie générale de l'État*, 1962, p. 484-6. Entre nós, foi sustentada com veemência por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Revista Trimestral de Direito Público 4*:69: "A primeira indagação que ocorreria é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se se trata de um dado interno ao mundo do direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações político-sociais, muito mais do que no plano da realidade do direito. E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico. Em rigor, as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de conseguinte, o não conhecer nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional; tem-se concluir que o Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede, na verdade, a formação do direito".

[52] V. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de direito*, 1999, p. 12. Conforme a conhecida fórmula de Radbruch, "a extrema injustiça não é direito". V. tb. ALEXY, Robert: *La institucionalizacion de la justicia*, 2005.

[53] V. OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 1998, p. 56: "[A invocação de] um poder prévio ao direito desconhece que o próprio processo de manifestação de uma vontade democrática só é possível conforme as regras que assegurem a igualdade e a liberdade dos partícipes e a veracidade do resultado: não há democracia sem direito. Por isso a própria gestação da Constituição é um processo juridicamente regrado, não um simples fato". V. tb., sobre o tema dos condicionamentos (*constraints*), ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 373 e ss.

[54] Na França, foi o rei quem convocou os Estados-Gerais. Nos Estados Unidos, a decisão foi tomada pelo Congresso Continental. Na Alemanha, pelas potências aliadas. Em Portugal, a convocação constava do programa do Movimento das Forças Armadas, que conduziu a ação revolucionária. Na África do Sul, a convocação foi precedida de longas negociações, secretas e posteriormente oficiais, entre o *Partido Nacional*, condutor do *apharteid*, e *o Congresso Nacional Africano*, partido de Nelson Mandela, que fora banido e retornou à cena política do país em 1990. Após a adoção de uma *Constituição provisória*, em 1993, alinhavada por um fórum multipartidário, realizou-se, em 1994, a primeira eleição democrática do país para o fim de eleger os representantes da Assembléia Constituinte.

27.11.85, previu como seriam escolhidos os constituintes, quem instalaria a assembléia constituinte e em que data, chegando a dispor, até mesmo, acerca da forma e do *quorum* de deliberação a ser adotado[55].

Com efeito, além de ditar as regras de instalação da assembléia constituinte, não é incomum que o poder que a convocou procure influenciar os próprios trabalhos de elaboração constitucional, pela imposição de formas[56] e, por vezes, até de conteúdos. Na Itália, por exemplo, previu-se por decreto legislativo que, contemporaneamente à eleição para a assembléia constituinte, o povo seria chamado a decidir, mediante *referendum*, sobre a forma institucional do Estado (República ou Monarquia). Em conseqüência da deliberação popular, a forma de governo tornou-se republicana antes mesmo da elaboração da nova Constituição. Como se verifica, a decisão nessa matéria foi retirada da constituinte e atribuída diretamente ao povo[57].

Em Portugal, as constrições impostas à assembléia constituinte foram ainda mais extensas e profundas. Algumas decorreram de textos pré-constituintes, como as denominadas *Plataformas de Acordo Constitucional*; outras foram impostas pelo processo revolucionário, que se prolongou no tempo, gerando uma concorrência de poderes entre o Conselho da Revolução, o Conselho de Estado e a Assembléia Constituinte, de cuja soberania chegou-se a duvidar[58]. Situação singularíssima ocorreu na África do Sul. Em 1994, no curso do processo de transição do regime do *apartheid*, foi adotada uma Constituição interina. Nela se previu que o texto definitivo de Constituição elaborado pela Assembléia Constituinte deveria ser submetido ao Tribunal Constitucional, que "certificaria" sua compatibilidade com determinados "princípios constitucionais" ajustados pelos dois lados no processo de transição. Em 1996, o Tribunal Constitucional negou "certificação" à Constituição e determinou que alguns dispositivos fossem refeitos[59].

No Brasil, a assembléia constituinte que aprovou a Constituição de 1891 já encontrou a República proclamada e a Federação instituída pelo Governo Provisório[60]. Após a Revolução de 30, o Governo Provisório dela originário editou decreto estabelecendo que a nova Constituição – que só viria a ser promulgada em 1934 – teria de manter a República e a

---

[55] Assim dispôs a Emenda Constitucional n. 26/85, na parte aqui relevante: "Art. 1º. Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional".

[56] Veja-se, sobre o tema, ELSTER, Jon. "Förces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 373-4: "Assembléias constituintes raramente são auto-criadas; ao contrário, elas têm um criador externo. Na verdade, elas têm normalmente dois criadores. De um lado, a instituição ou indivíduo que toma a decisão de convocar a assembléia constituinte. Nos Estados Unidos, em 1787, esta decisão foi tomada pelo Congresso Continental. Na França, em 1789, foi tomada pelo Rei. Na Alemanha, em 1949, foi tomada pelas potências ocidentais ocupantes. Por outro lado, há o mecanismo institucional que seleciona delegados para a assembléia constituinte. Nos Estados Unidos e na Alemanha, os delegados foram selecionados pelas assembléias legislativas estaduais. Na Alemanha, a seleção de delegados foi submetida a imposições das potências aliadas, especificamente no sentido de que a representação fosse proporcional à população dos estados. Na França, em 1789, os delegados foram selecionados pelos três Estados, havendo o Rei decidido que o Terceiro Estado deveria ter delegados em número equivalente ao dos dois outros Estados [nobreza e clero] somados".

[57] V. sobre o tema HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 33. Sobre o tema, v. tb. MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, 1969, v. 1, p. 83.

[58] Sobre o tema, v. a tese de doutoramento do Professor MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976*, 1978, p. 20-2. V. tb. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002.

[59] Para a transcrição da decisão, v. DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michel, SAJÓ, András e BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*, 2003, p. 84 e ss.

[60] Note-se que o Decreto n. 1, de 15.11.89, editado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, utilizou o advérbio "provisoriamente", em deferência à futura constituinte. Mas, naturalmente, a situação de fato era irreversível. Esta a ementa do Decreto n. 1: "Proclama provisoriamente e decreta como a forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais".

Federação, sendo-lhe vedado, ademais, restringir direitos dos municípios e dos cidadãos[61]. Após a destituição de Getúlio Vargas, a Lei Constitucional n. 15, de 26.11.45, impôs uma restrição aos poderes "ilimitados" outorgados ao Congresso Nacional para elaborar a nova Constituição: não poderia ele contestar a legitimidade da eleição presidencial que se realizaria em 2.12.45[62].

Em teoria pura, não haveria discussão de que uma assembléia constituinte, quando verdadeiramente soberana, poderia desconsiderar limitações formais e materiais que lhe tenham sido impostas de maneira heterônoma, *i.e.*, por uma força externa[63]. A verdade, contudo, é que não se deve, a rigor, falar em um *ato* constituinte, mas sim em um *processo* constituinte, composto de vários atos que se encadeiam no propósito de superação do *status quo* vigente. Estes atos incluem, por exemplo, a ruptura com a ordem anterior (ou a decisão de deflagrar uma transição), a convocação e eleição dos constituintes, os trabalhos desenvolvidos e a aprovação final. Se houver uma quebra de harmonia nessa seqüência, a questão se transfere de volta para o plano da legitimidade e o poder constituinte precisará renovar o seu título. A submissão do texto a ulterior deliberação popular poderá ser uma das formas de fazê-lo.

5.2. Condicionamentos pós-constituintes

O mais decisivo condicionamento pós-constituinte advém da necessidade de ratificação do texto aprovado pela assembléia ou convenção[64]. Tal circunstância, por si só, já impõe aos delegados a preocupação de maior sintonia com o colégio eleitoral ao qual caberá a deliberação final. O fato de a ratificação se dar, por exemplo, pelos Estados-membros da Federação ou pelo conjunto da população, pode ter impacto importante nas decisões a serem tomadas pelos constituintes.

Como já assinalado, esse modelo de referendo popular da Constituição não foi abrigado na teoria do poder constituinte de Sieyès. Nela, a nação, entidade abstrata, manifestava sua vontade através de representantes, reunidos em assembléia, cabendo a esta a palavra final. Nos Estados Unidos, ao contrário, desde as experiências constitucionais estaduais, sempre foi tradição o exercício da soberania popular por via direta, submetendo-se à ratificação popular o projeto aprovado em convenção pelos representantes indicados[65]. A Constituição Federal, cujo texto foi elaborado na Filadélfia, em 1787, teve no processo de ratificação pelos Estados sua etapa decisiva[66].

Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos

---

[61] Assim dispunha o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930: "Art. 12. A nova Constituição manterá a forma republicana federativa e não poderá restringir os direitos dos municípios e dos cidadãos brasileiros e as garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891".

[62] Assim dispunha a Lei Constitucional n. 15/45: "Art. 1º. Em sua função constituinte terá o Congresso Nacional, eleito a 2 de dezembro próximo, poderes ilimitados para elaborar e promulgar a Constituição do país, ressalvada a legitimidade da eleição do Presidente da República".

[63] E, de fato, no caso americano, a Convenção de Filadélfia ignorou as instruções do Congresso Continental em três pontos de suprema importância: decidiu elaborar uma Constituição, em lugar de reformar os Artigos da Confederação; previu a ratificação por convenções estaduais especialmente convocadas, e não pelas assembléias legislativas; e previu a ratificação do texto aprovado por apenas nove estados, em lugar da unanimidade prevista nos Artigos da Confederação. Sobre o tema, v. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1991, p. 41.

[64] ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 374.

[65] Sobre o tema, v. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999.

[66] O artigo de encerramento do texto aprovado assim dispunha, na primeira parte do seu último artigo: "Art. 7. A ratificação, por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado".

valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela idéia de Direito que traz em si[67]. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade[68]. O poder constituinte, portanto, é também um *poder de Direito*. Ele está fora e acima do Direito posto pré-existente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade – suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade – e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático.

Uma última limitação que a doutrina passou a reconhecer de maneira praticamente unânime nos últimos tempos decorre dos princípios do direito internacional e, especialmente, dos direitos humanos. Após a 2ª. Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passou-se a reconhecer aqueles direitos como um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações com seus cidadãos[69]. A face virtuosa da globalização é a difusão desses valores comuns, o desenvolvimento de uma ética universal. Uma das questões cruciais do Direito, na atualidade, é a de equacionar, de maneira equilibrada, a tensão entre o universalismo – isto é, o reconhecimento de que há um conjunto mínimo de direitos universais, que devem proteger as pessoas contra a violência e a opressão – e o multiculturalismo, que procura resguardar a diversidade dos povos e impedir a hegemonia das culturas que se tornaram mais poderosas em uma determinada quadra histórica.

Eis, portanto, uma tentativa de sistematização dos limites ao poder constituinte, com seus condicionamentos pré e pós-constituintes. A conclusão a que se chega é a de que o poder constituinte é um fato essencialmente político, mas condicionado por circunstâncias históricas, políticas e jurídicas[70]. Tal constatação não imuniza a matéria de complexidades que

---

[67] Em página primorosa, escreveu BURDEAU, Georges. *Manuel de droit constitutionnel et instituitions politiques*, 1984, p. 86: "Em relação ao Estado, o poder constituinte originário é, portanto, um poder primário, incondicionado e perfeitamente senhor das formas nas quais entende deva ser exercido. Mas esta independência cessa à vista da idéia de direito porque, como todas as formas do Poder, o poder constituinte é tributário de uma idéia de direito que ele exprime e que o legitima. Não existe, assim, um poder constituinte abstrato, válido em qualquer que seja a sociedade considerada. Cada idéia de direito traz um poder constituinte que não vale senão que em relação a ela, e que cessa de ser eficaz quando ela mesma não seja mais a idéia dominante dentro do grupo".

[68] V. CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 66; SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*, 1986, p. 93; e tb. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, 1991, p. 14-5: "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela reguladã pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as condições sociais concretas e o baldrame axiológico, que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas".

[69] Nos últimos anos, no Brasil, teve lugar uma interessante discussão acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem interna, com *status* constitucional, com base no que dispõe o art. 5º, § 2º da Constituição Federal. Sobre o tema, v. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, 2000, p. 103; e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. II, 1999, p. 29-30. A matéria, todavia, foi superada pela aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 8.10.04, que deu ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal a seguinte redação: "§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

[70] V. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 376-7: "Há que distinguir três categorias de limites materiais do poder constituinte: limites transcendentes, imanentes e, em certos casos, heterónomos. (...) Os *limites transcendentes* são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos

lhe são inerentes. O reconhecimento de uma ordem de valores – internos e internacionais – que estabeleça uma subordinação do poder soberano a um direito *supraposítivo* remete a questão para as fronteiras do direito natural. De parte isso, sempre existirá dificuldades relativas à efetividade de tais limites. De fato, embora a vinculação a normas fundamentais anteriores ao Direito escrito já tenha sido admitida, em tese, por uma importante corte constitucional[71], o conhecimento convencional é no sentido de que a obra do poder constituinte originário não comporta controle judicial[72]. Na prática, portanto, a concretização desses limites normalmente precisará ser afirmada no plano da legitimidade e não no da legalidade[73].

6. PROCEDIMENTO

O processo constituinte terá como ato inaugural a liberação da energia transformadora apta a mudar as bases políticas e jurídicas de uma determinada situação estabelecida de poder. Como assinalado anteriormente, este evento deflagrador poderá ser uma revolução, a criação

---

de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender). (...) Os *limites imanentes* decorrem da noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica. (...) Os *limites heterónomos* são os provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Referem-se a princípios, regras ou actos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado; e reportam-se ainda a regras de Direito interno, quando o Estado seja composto ou complexo tenha de ser por conseguinte, o seu ordenamento jurídico".

[71] Trata-se do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, no ponto, referendou entendimento que já havia sido desenvolvido pelo Tribunal Constitucional do Estado da Bavária: A manifestação foi produzida em julgado de 1951 (Sentença 1, 14): "Dessa forma, essa Corte concorda com a afirmação da Corte Constitucional da Bavária: 'Não é conceitualmente impossível que um dispositivo constitucional individualizado seja inválido apenas por ser parte da Constituição. Existem princípios constitucionais que são tão fundamentais e que expressam tão intensamente um Direito que tem precedência até mesmo sobre a Constituição, que vinculam o próprio constituinte, e outras disposições constitucionais que não tenham tal *status* podem ser inválidas por contrariar tais princípios'. A partir dessa regra de interpretação, decorre que qualquer disposição constitucional deve ser interpretada de modo a ser compatível com aqueles princípios elementares e com as decisões fundamentais do constituinte" (tradução livre). É possível encontrar esse e outros excertos da decisão, bem como comentários a mesma, em KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 62-9.

[72] Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro por mais de uma vez. O *leading case* foi a ADIn 815-3/DF, da qual foi relator o Min. Moreira Alves (*DJU*, 10 mai. 1996): " A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. – Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido". Na mesma linha, STF, *DJU* 9 fev. 2006, ADInMC 3.300/DF, Rel. Min. Celso de Mello, enfatizando a "impossibilidade jurídica de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias". Em sede de doutrina, v. BONAVIDES, Paulo. O art. 45 da Constituição Federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais. In: *A constituição aberta*, 2004, p. 214.

[73] Exceção interessante, já referida acima, foi a do processo constituinte da África do Sul, no qual o projeto aprovado pela assembléia foi submetido à análise e "certificação" do Tribunal Constitucional.

de um novo Estado, a derrota na guerra ou uma transição política pacífica[74]. O procedimento constituinte normalmente percorrerá etapas como a convocação da assembléia ou convenção, a escolha dos delegados, os trabalhos de elaboração, a deliberação final e a entrada em vigor do texto aprovado. Três questões merecem comentário e reflexão nessa matéria: o caráter exclusivo ou não da assembléia constituinte; a existência de anteprojetos preliminares; e o *referendum* constitucional.

A Constituição americana foi elaborada por uma convenção reunida exclusivamente para o propósito de rever os Artigos da Confederação. Na assembléia constituinte francesa, os delegados seguiram a proposta de Robespierre que os tornava inelegíveis para a primeira legislatura ordinária[75]. Da separação clara entre poder constituinte e poder constituído deve resultar a conseqüência de que, assim como o Parlamento não deve exercer competências constituintes originárias, também não deve o constituinte desempenhar funções legislativas ordinárias. Esta separação, muito nítida no modelo americano, nem sempre foi seguida na experiência européia[76]. E, por influência desta, tampouco no Brasil[77]. Aliás, este foi um dos debates mais candentes no período que antecedeu a convocação da última constituinte[78]. Idealmente, a fórmula da constituinte exclusiva, sem poderes legislativos, a ser dissolvida após a conclusão do seu trabalho, afigura-se mais capaz de libertar a Constituição dos interesses da política ordinária[79] ou, quando menos, minimizar seu caráter imediatista.

A elaboração de anteprojetos de constituição ou documentos constitucionais prévios é relativamente recorrente na experiência brasileira[80]. Assim se passou com a primeira

---

[74] No Brasil, a convocação de assembléias constituintes já se deu pelo imperador (Constituição de 1824) e por força de movimentos ou golpes políticos (Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1969). A Constituição de 1967 foi convocada pelo Presidente da República, em meio a um processo que já se degenerava em uma ditadura. A constituinte que elaborou a Constituição de 1988 foi convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.85, no curso de uma longa transição política que pôs fim ao regime militar.

[75] A Constituição francesa de 1791 previa que os 249 membros eleitos para comporem a *Assembléia de Revisão* teriam os mandatos extintos após o encerramento de seu trabalho de revisão (Título VII, art. 8). V. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 44.

[76] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, 1999, p. 36: "Frente a esta nítida separação entre funções constituintes e constituídas da tradição americana, o constitucionalismo europeu, que segue os esquemas estabelecidos por Sieyès, introduziu doses de notável confusão. Ao trasladar-se para as Assembléias Constituintes representativas o exercício pleno da soberania, nada tem de particular que o poder constituinte soberano se projete, ou procure projetar-se, como poder legislativo ordinário, inclusive quando a Constituição é aprovada".

[77] A Assembléia Constituinte e Legislativa convocada pelo imperador, em 3.6.1822, exerceu atividade legislativa cumulada com os trabalhos constituintes, até ser dissolvida em 12.11.1823. Com a Constituição de 1891, inaugurou-se a fórmula de se converter a Assembléia Constituinte em Poder Legislativo ordinário, dividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal (Disposições Transitórias, art. 1º, § 4º). Tal modelo veio a se repetir em relação às Constituições de 1934, 1946 e 1988. A Constituição de 1967 foi aprovada pelo Congresso Nacional que já se encontrava em exercício. A de 1969 foi outorgada pelos ministros militares.

[78] Sobre o tema, v. BIERRENBACH, Flávio. *Quem tem medo da constituinte*, 1986. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002, p. 8: "Previu a Emenda Constitucional n. 26/85 que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal se reuniriam, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987. Não prevaleceu a idéia, que teve amplo curso na sociedade civil, de eleição de uma constituinte exclusiva, que se dissolveria quando da conclusão dos trabalhos".

[79] No mesmo sentido a posição de ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 395: "[P]ara reduzir o âmbito de interesses institucionais, as constituições devem ser escritas por assembléias reunidas especialmente para esse fim e não por corpos que também servem como legislaturas ordinárias. Tampouco se deveria dar a estas legislaturas qualquer papel central no processo de ratificação".

[80] Embora menos comum na experiência européia. No caso da Constituição portuguesa, de 1976, e da espanhola, de 1978, houve projetos apresentados pelos diferentes partidos políticos, mas não um anteprojeto oficial.

Constituição republicana, que teve anteprojeto elaborado por uma Comissão Especial[81] e revisto pelos Ministros do Governo Provisório, à frente Rui Barbosa[82]. O mesmo se passou com a Constituição de 1934[83]. A Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi elaborada por Francisco Campos, Ministro da Justiça nomeado poucos dias antes da instauração do novo governo, instituído pelo golpe do *Estado Novo*. A Constituição de 1946 não contou com anteprojeto. Para elaboração da Constituição de 1967, Castelo Branco constituiu uma Comissão[84], cujo trabalho foi desconsiderado em favor do projeto elaborado por Carlos Medeiros Silva, Ministro da Justiça. Antes mesmo da convocação da Assembléia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988, foi constituída uma Comissão de *notáveis*, conhecida como *Comissão Afonso Arinos*, que elaborou um anteprojeto de grande mérito. Razões associadas à conjuntura política levaram ao seu abandono pelo Governo do Presidente José Sarney[85]. Como conseqüência, a constituinte trabalhou sem um projeto base, o que trouxe ao processo grandes dificuldades operacionais.

Não faz parte da tradição brasileira a submissão dos textos constitucionais aprovados à ulterior ratificação, por via de referendo popular. Entre nós, sempre prevaleceu a tese da representação, em que a assembléia constituinte é soberana e sua manifestação equipara-se à vontade final do povo. A exigência de ratificação deita suas origens no constitucionalismo americano e foi utilizada diversas vezes ao longo da acidentada experiência constitucional francesa[86]. A própria Constituição de 1958, em vigor na França, foi elaborada pelo governo do presidente Charles de Gaulle e legitimada por referendo superveniente[87]. O modelo de ratificação do texto aprovado pela assembléia ou pela convenção é mais consentâneo com a teoria da soberania popular, mas não é imune à malversação. Por vezes, dá ensejo à manipulação das massas em favor de projetos autoritários, como no caso de Napoleão[88], ou pervertidos, como no de Hitler[89].

---

[81] A "Comissão dos Cinco" foi integrada por Américo Brasiliense, Magalhães Castro, Rangel Pestana, Saldanha Marinho e Santos Werneck. V. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 35.

[82] V. obra publicada pela Fundação Casa de Rui Barbosa, *Rui Barbosa e a Constituição*, 1985, na qual há um fac-símile de suas anotações manuscritas, contendo as propostas de modificação do texto..

[83] A "Comissão do Itamarati" se compunha de 14 membros: Afrânio de Melo Franco, Antonio Carlos, Carlos Maximiliano, Artur Ribeiro, Assis Brasil, João Mangabeira, Agenor de Roure, Antunes Maciel, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Viana, Prudente de Morais Filho, Góis Monteiro e Temístocles Cavalcanti. V. HORTA, Raul Machado, *Direito constitucional*, 2002, p. 37.

[84] A Comissão era composta por Orozimbo Nonato, Levi Carneiro, Miguel Seabra Fagundes e Temístocles Brandão Cavalcanti. V. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 38.

[85] BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002, p. 9: "É de interesse assinalar que o próprio Poder Executivo havia instituído, em julho de 1985, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida, em razão do nome de seu presidente, como Comissão Afonso Arinos, que veio a apresentar um anteprojeto. Tal texto, todavia, a despeito de suas virtudes, não foi encaminhado à constituinte pelo presidente Sarney, inconformado, dentre outras coisas, com a opção parlamentarista nele veiculada".

[86] A Constituição de 1793 foi submetida à aprovação do povo. São célebres os plebiscitos napoleônicos, pelo quais foram aprovadas sucessivas constituições (v. *infra*). O primeiro projeto constitucional de 1946 foi rejeitado, tendo o segundo sido aprovado. V. BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 33.

[87] Em meio a grave crise política, o Parlamento concedeu ao Governo, do qual Charles De Gaulle era Presidente do Conselho de Ministros, poderes para alterar a Constituição de 1946. Com ajuda de uma Comissão Consultiva e do Conselho de Estado, De Gaulle elaborou uma nova Constituição, que foi aprovada em *referendum* popular promulgada pelo Presidente da República em 4.10.58.

[88] Tornaram-se célebres os "plebiscitos" napoleônicos, por via dos quais o eleitorado francês aprovou as Constituições de 1799, 1802 e 1804, bem como o que aprovou, durante os "cem dias" de 1815, o Ato Adicional. V. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 33.

[89] A ampliação dos poderes de Hitler se deu, em parte, por via de consultas populares. Sobre o tema, v. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999, p. 106: "No entanto, o uso que fizeram do referendo as ditaduras fascistas posteriores, emulando o cesarismo bonapartista, e buscando nos

7. PODER CONSTITUINTE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O poder constituinte, titularizado pelo povo e exercido mediante um procedimento especial, elabora a Constituição. A Constituição institui os órgãos do poder constituído e impõe limites de forma e de conteúdo à sua atuação. O poder constituinte, como intuitivo, é superior ao poder constituído, assim como a Constituição desfruta de supremacia em relação à legislação ordinária. Os valores permanentes inscritos na Constituição têm primazia sobre as circunstâncias da política ordinária. Embora tenha atravessado os séculos recebendo grande reconhecimento, a lógica da construção teórica aqui exposta é um pouco mais problemática do que se poderia supor à primeira vista.

Em primeiro lugar, porque tanto a política constitucional como a política cotidiana ou ordinária procura reconduzir sua atuação, em última análise, para o povo. O argumento de que o povo exerce o poder constituinte e de que o parlamento exerce o poder legislativo não resiste à constatação de que, em muitos casos, é o mesmo órgão, quando não as mesmas pessoas, que exerce ambos os poderes. Esta é, por exemplo, como já acentuado, a tradição brasileira na matéria, do que é ilustração inequívoca a Constituição de 1988. Sendo assim, o que justificaria a superioridade de um poder sobre o outro? Em segundo lugar, por qual razão o povo de ontem deve ter poder de ditar os destinos do povo de hoje? Por que uma geração deve ter o poder de submeter a vontade das gerações futuras? Não são questões singelas[90], mas as respostas têm sido procuradas pela filosofia constitucional contemporânea.

Duas teses desenvolvidas nas últimas décadas procuraram fornecer legitimação para a superioridade jurídica do poder constituinte. A primeira delas está na idéia de *pré-compromisso* ou auto-vinculação. O povo, ao elaborar a Constituição, impõe a si mesmo e ao seu poder soberano limitações que resguardem o processo político democrático dos perigos e tentações que possam abalá-lo no futuro[91]. Por esse motivo se protegem os direitos fundamentais e se impõem procedimentos destinados a impedir a opressão das minorias pelas maiorias. Outra tese de amplo curso é a da *democracia dualista*, que divide a atividade política em duas: a política constitucional – que se pratica em momentos cívicos específicos de ampla mobilização do povo – e a política ordinária, que fica a cargo da classe política e dos organismos do poder constituído. A vontade manifestada naqueles momentos especiais prevalece sobre a dos momentos rotineiros[92].

---

princípios da democracia direta rousseauniana uma legitimidade inalcançável por outros meios, determinou que a instituição fosse de novo contemplada com receio".

[90] Para uma importante reflexão sobre o tema, em língua portuguesa, além de VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, já citado. V. tb. SARMENTO, Daniel. "Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda", *Revista de Direito do Estado 2*:83, 2006, p. 99, texto no qual considera questionável a premissa de que exista "um grande agente político – o verdadeiro sujeito da história – chamado 'povo'". E acrescenta: "[O]s componentes desta abstração chamada "povo" não são os mesmos ao longo do tempo. No caso brasileiro, por exemplo, uma grande parte dos atuais eleitores não tinha direitos políticos – muitos não tinham nem nascido – quando foram eleitos os parlamentares que integraram a Assembléia Constituinte, ou quando a Carta foi promulgada. Portanto, o que está em debate não é propriamente saber se é democrático que o "povo" limite o seu poder de deliberação futura através de um pré-compromisso, ou que imponha a sua vontade à classe política, mas sim examinar até que ponto é legítimo que uma determinada geração, num certo contexto histórico, adote decisões que irão vincular também outras gerações, em cenários muito diferentes". Na literatura estrangeira, v. WALDRON, Jeremy. Precommitment and disagreement. In: ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: philosophical foundations*, 1998, p. 285; e BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: LAPORTA, Francisco J. (ed.). *Constitución: problemas filosóficos*, 2003, p. 410.

[91] ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*, 1979. As idéias desse livro clássico foram revistas em outra obra do mesmo autor, *Ulysses unbound*, 2000.

[92] Sobre esta perspectiva, v. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1995.

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações se dará por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos. Nas situações-limite, porém, o poder constituinte originário sairá do seu estado de latência e voltará à cena, rompendo com a ordem anterior que tenha se tornado indesejada e inaugurando uma nova.

CONCLUSÃO

O poder constituinte é o poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Trata-se de um fato essencialmente político, não subordinado à ordem jurídica pré-existente, mas limitado pelos valores civilizatórios, pela idéia de Direito que traz em si e pela realidade fática. Historicamente, o poder constituinte colheu sua justificação em fatores diversos – a força bruta, o direito divino, o poder dos monarcas, a nação –, até que a teoria democrática viesse a situá-lo na soberania popular. Alguns cenários políticos nos quais, ao longo do tempo, se manifestou o poder constituinte foram a revolução, a criação de um novo Estado, a derrota na guerra e a transição política pacífica. O poder constituinte, como é corrente, está fora e acima do poder constituído, que é por ele instituído e limitado. Um fundamento de legitimação para essa superioridade tem sido buscado na idéia de *auto-vinculação*, pela qual o próprio povo restringe seu poder, resguardando o processo democrático do autoritarismo eventual das maiorias políticas. Outro fundamento está no conceito de *momentos constitucionais*: a vontade constituinte é manifestada em situações cívicas especiais de ampla mobilização popular e, por isso, deve prevalecer sobre a política ordinária.

Direito Internacional Privado em 2007: novidades no plano internacional e interno

Nadia de Araújo
Doutora em Direito Internacional pela
Universidade de São Paulo, Brasil,
Mestre em Direito Comparado pela
George Washington University, Estados Unidos,
Professora Associada da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil,
Procuradora de Justiça do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Daniela Vargas
Doutora em Direito Civil pela
Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil,
Mestre em Direito pela
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil,
Professora Assistente da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil.

Lauro Gama
Doutor em Direito Internacional pela
Universidade de São Paulo, Brasil,
Mestre em Direito Comparado
pela McGill University, Estados Unidos,
Professor Agregado da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil;
Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Novidades no plano internacional; 1.1. A Convenção de Haia sobre cobrança de alimentos; 1.2. Ampliação dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional (3ª edição, 2010). 2. Novidades no plano interno; 2.1. A EC 54 sobre nacionalidade e seus efeitos; 2.2. Jurisprudência dos Tribunais Superiores. 3. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Privado está em franco processo de expansão na atualidade, por conta do aumento das trocas internacionais, no mundo em geral, e no Brasil em particular. Não há mais qualquer dúvida que as conseqüências da crise por que passa o mercado interno americano vai afetar o Brasil de alguma maneira e que a sede da China por commodities também. A intenção deste artigo é mostrar as principais ocorrências no

Brasil e no exterior que tiveram impacto no estudo do direito internacional privado brasileiro, cada vez mais importante para o desenvolvimento do nosso comércio internacional, com reflexos também na vida do cidadão brasileiro no exterior, e nos estrangeiros aqui residentes.

No plano internacional, finalizou-se em 2007 a Convenção da Haia sobre cobrança de alimentos no plano internacional, com seu Protocolo Adicional sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, com ativa participação do Brasil nas negociações. Esta convenção, quando estiver em vigor, será útil não só para os estrangeiros que precisam cobrar alimentos no Brasil, mas também para os interesses dos brasileiros que estão no exterior e cujos filhos necessitam de alimentos no Brasil. Por sua vez, no que diz respeito aos contratos internacionais, o UNIDROIT está trabalhando para finalizar a terceira edição dos Princípios para os contratos internacionais, um documento avançado de soft law muito aceito pelos operadores do comércio internacional e utilizado em arbitragens internacionais.

No plano interno, houve avanços de caráter legislativo e judicial. A EC 54 acabou com o grave problema de apatrídia para os filhos de brasileiros nascidos no exterior. Nos tribunais. decisões importantes aconteceram, tanto no STF quanto no STJ, sobre matérias de cunho internacional. Este último tem demonstrado grande agilidade no trato da cooperação jurídica internacional.

1. NOVIDADES NO PLANO INTERNACIONAL

Na Conferência da Haia de Direito Internacional, o ano de 2007 foi pleno de realizações. A par da nova convenção sobre alimentos, que será explicada abaixo, foi disponibilizado o relatório final da Convenção sobre escolha de foro, de 2005, o que auxiliará os países interessados na internalização deste importante tratado. 1 Esta convenção, à medida que for sendo adotada e se tornar o padrão mundial para escolha de foro terá grande importância para partes em contratos internacionais, que prefiram utilizar a via judicial para seus litígios. Seu objetivo é transformar a via judicial em uma alternativa à solução arbitral, (hoje garantida pela Convenção de Nova York para o reconhecimento de laudos arbitrais). Garante à cláusula de escolha de foro a segurança de seu reconhecimento pelos países signatários. Quer, assim, auxiliar a cooperação jurídica em matéria civil e comercial e, conseqüentemente, aumentar e promover o comércio internacional. 2

---

1 Ver no sítio da Conferência da Haia, o Relatório Hartley/Dogauchi, na área relativa à Convenção de escolha do foro.

2 Veja-se a descrição de seus objetivos no Relatório Hartley/Dogauchi: "If the Convention is to attain its aim of making choice of court agreements as effective as possible, it has to ensure three things. Firstly, the chosen court must hear the case when proceedings are brought before it; secondly, any other court before which proceedings are brought must refuse to hear them; and thirdly, the judgment of the chosen court must be recognised and enforced. These three obligations have been incorporated into the Convention, where they constitute its key provisions. The hope is that the Convention will do for choice of court agreements what the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 has done for arbitration agreements."

A convenção se dirige aos contratos internacionais entre partes profissionais, hoje conhecidos como B2B (*business* to *business*). Está ancorada em três regras-chaves, tendo como pano de fundo o respeito ao princípio da autonomia da vontade: i) o foro escolhido e determinado pela partes deve ser respeito pelo tribunal indicado, que não poderá recusar-se a julgar a demanda; ii) se a questão for apresentada a outro tribunal, este será obrigado a declinar de sua competência para julgar a demanda, uma vez que a escolha realizada é exclusiva; iii) após o julgamento, o tribunal do local de reconhecimento e execução da decisão obtida pelas regras da convenção, não poderá deixar de promover seu reconhecimento e execução, para que a cláusula tenha tido real eficácia.

O México é o primeiro país a aceder à convenção e espera-se que sua aceitação seja ampla, já havendo estudos que indicam a disposição dos Estados Unidos e dos países europeus em adotá-la.

Nas Américas, ganhou força a iniciativa da OEA, em priorizar o tema dos contratos internacionais para os consumidores com o avanço das negociações para a Sétima Conferencia Interamericana Especializada de Direito Internacional Privado - CIDIP VII.

A importância do tema escolhido pela OEA se deve ao fato de que o estudo da contratação internacional não se limita mais às relações entre operadores profissionais, pois os contratos internacionais com os consumidores já representam 25% do total global de transações. A distinção entre os contratos chamados B2B (*business* to *business*) e os B2C (*business* to *consumers*) adquiriu relevância no plano internacional e influenciou as regras de Direito Internacional Privado de vários países.

Dois fatores poderiam ser identificados como as causas do aumento desses contratos: o barateamento dos custos das viagens internacionais e maiores facilidades de transportes propiciou grande incremento do turismo (i); os avanços tecnológicos possibilitaram um maior número de transações eletrônicas pela Internet, permitindo ao consumidor estabelecer uma relação contratual de caráter internacional sem sair de casa (ii) .3 Em ambas as hipóteses criam-se situações multiconectadas em que os consumidores não estão em pé de igualdade com os fornecedores do serviço.4 Por isso, embora esses contratos internacionais envolvendo consumidores sejam cada vez mais freqüentes, na

---

3 Sobre o Comércio eletrônico e o consumidor, confira-se, por todos, o recente trabalho de MARQUES, Cláudia Lima, "Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor", São Paulo, RT, 2004 e "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", 5ª. ed., São Paulo, RT, 2005. A origem desses estudos pode ser encontrada no curso realizado pela OEA, e publicado como: "A Proteção do Consumidor: aspectos de direito privado regional e geral", Curso de Direito Internacional XXVII, 2001, OEA, p. 657/780.

4 Segundo Claudia Lima Marques, "há uma especificidade do comércio entre fornecedor e consumidor no plano internacional: por um lado, a fragilidade do consumidor em razão do marketing agressivo, sendo atraído ou por métodos como telemarketing, teleshopping, vendas emocionais de time-sharing para turistas) ou por preços reduzidos (descontos, redução nos tributos, envio gratuito etc.), pelo senso de aventura (jogos, apostas, prêmios), ou por sua própria ignorância quanto às dificuldades nas transações transnacionais (parco conhecimento da língua para entender a oferta ou a publicidade, mito da qualidade superior dos produtos importados, produtos-novidade, desconhecidos em países emergentes, pela falta de conselhos jurídicos ou de um departamento jurídico para a negociação, confiança que a marca terá serviços pós-venda em seu país etc). O consumo internacional ainda possui uma última especificidade, que lhe é comum com os serviços em geral: sua re-execução, em caso de frustração das expectativas do contratante consumidor é bastante dificultosa." MARQUES, Claudia, "Por um Direito Internacional de Proteção dos Consumidores: sugestões para a nova Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo", in O Direito Internacional e o Direito Brasileiro – Homenagem a José Francisco Rezek, Wagner Meneses, org., Ed. Unijuí, Ijuí, 2004, p. 691/692.

sua maioria são, individualmente, de pequeno valor. Soma em volume para a economia de um país ou de um fornecedor, o que o torna um negócio expressivo. No campo jurídico, são, na sua maioria, contratos já prontos, aos quais os consumidores aderem. 5 Por conseguinte, quando há um litígio, o baixo valor econômico da transação inviabiliza o acesso à justiça pelo consumidor. A lide fica reprimida, pois o consumidor não tem condições de assumir os gastos do processo, seja para reclamar ou para procurar novamente o fornecedor, ou ainda para fazer valer sua garantia.

Nesse sentido, a iniciativa da OEA adequa-se às necessidades da região, em que houve aumento no fluxo de turistas e nos contratos eletrônicos. Isso porque a Convenção sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, realizada na CIDIP V, no México, em 1994, não tratou da lei aplicável para os contratos com os consumidores de forma diferenciada, deixando uma lacuna que será preenchida agora, com a nova convenção.

O projeto está avançado. O Brasil é o autor da proposta de convenção, que foi objeto de inúmeras discussões, tanto na reunião de especialistas realizada em Porto Alegre, sob os auspícios do Ministério da Justiça e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em dezembro de 2006, quanto no fórum virtual da OEA, disponível aos representantes designados pelos países no site da organização.

A última reunião de discussão sobre o projeto ocorreu em Washington, em 18 de janeiro de 2007, tendo a presença da Professora Cláudia Lima Marques, autora do projeto, como relatora do *status quo* da negociação.6 No momento, aguarda-se que a OEA defina os próximos passos, com a designação da data e do local para a realização da conferência.

1.1. A Convenção da Haia sobre cobrança de alimentos

---

5 Cf. FRESNERO DE AGUIRE, Cecília, "Las Clausulas abusivas y la cláusula de jurisdiccion en los contratos internacionales de adhesion", in Revista Judicatura, Montevideu, n. 34, p. 273/298. Alerta a autora que a negociação individual seria impraticável por razões econômicas, razão por que esses contratos cumprem a tarefa de regular as relações das empresas com seus clientes a um custo baixo e tempo adequado. Adverte, porém que esses contratos tem características próprias e precisa de regulamentação diversa dos demais.

6 No relatório desta reunião, disponível em www.oas.org, a Professora Claudia Lima Marques, presente pelo Brasil, fez um relatório da reunião de Porto Alegre, que teve a audiência de delegações de 11 países, e especialistas de vários outros países, totalizando mais de cinqüenta especialistas presentes, bem como das demais negociações em curso. Sobre o projeto em questão, salientou tratar-se de um complemento natural e indispensável à Convenção sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, da CIDIP V, que continha uma lacuna com relação aos consumidores, já que não contemplava regras para essas relações jurídicas. No seu resumo, os pontos mais importantes da proposta brasileira dizem respeito à autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais com os consumidores, dentro de certos limites, que garantam a essa parte, hipossuficiente por natureza, a garantia de ser usada a lei mais benéfica daquelas disponíveis. Há ainda, regras para a proteção do consumidor ativo e passivo, com regras especiais para os contratos de turismo e time-sharing. No curso da reunião, houve relatório também com relação às propostas americana e canadense, ainda em estágio menos avançado do que o projeto brasileiro e a disposição da OEA em seguir adiante com as negociações, até a realização da Conferência, em data ainda não determinada.

Após cinco anos de negociações contínuas, foi finalizada em novembro de 2007 a nova Convenção da Haia sobre cobrança de alimentos no exterior, com a realização da XXI Conferência Diplomática da Conferência da Haia sobre o Direito Internacional. 7

Um dos pontos altos da Convenção, agora aprovada, diz respeito à importância da cooperação internacional de cunho administrativo, através do trabalho das autoridades centrais designadas pelos países signatários, que pode ser medido pelo sucesso obtido nos últimos anos pela Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis de Seqüestro de Menores. Vários países manifestaram preocupação em definir o alcance e os limites da atuação das autoridades centrais, chegando-se afinal a um acordo sobre a matéria nos capítulos II e III do documento final.

A Convenção aprovada é um documento moderno e preocupado com o dia-a-dia da cooperação jurídica internacional. Incorpora várias metodologias já testadas em outras convenções da Haia, e dá às autoridades centrais um grande poder de coordenação do trabalho da convenção.

Cabe ressaltar alguns pontos importantes da convenção, como o artigo 14, que cuidava da assistência jurídica e que foi objeto de grande polêmica ao longo das negociações, foi adotado com uma previsão de declaração dos países que assim o desejarem, para analisar as condições econômicas das crianças e não dos pais, na concessão do auxílio jurídico.

No campo do reconhecimento das decisões estrangeiras, o artigo 20, traz regras para um procedimento mais célere para reconhecimento e execução de decisão estrangeira, mas permite uma declaração do país para que continue com o seu sistema interno. Ainda houve previsão para decisões aos adultos vulneráveis, que no Brasil são conhecidos como incapazes. Além disso, por iniciativa do Brasil, foi incluída a previsão de aplicação da Convenção às pessoas incapazes nos pedidos diretos.

Por fim, um artigo interessante é o 57, que impõe aos Estados a obrigação de informar sobre o seu direito interno. É que no dia-a-dia de processos em que é preciso utilizar o direito estrangeiro, esta etapa é de custo elevado e de difícil obtenção. A solução da Convenção representa uma grande ajuda às partes, que podem assim discutir previamente seus direitos e evitar a despesa com especialistas para comprovar o direito estrangeiro. Também é uma área em que há marcada diferença entre o sistema da *common law* e do direito civil, pois no primeiro a prova do direito estrangeiro é uma questão de fato e deve ser feita a cada caso, enquanto no segundo, é uma questão de direito e pode ser aproveitada em mais de um processo. Ademais, no caso do Brasil, esta é uma área em que a Universidade pode estreitar sua contínua colaboração com o Ministério da Justiça, e ajudar para que as informações sobre o Brasil estejam sempre atualizadas, sem maiores dispêndios da máquina pública.

A questão da lei aplicável foi tema de inúmeros debates e da última reunião da Comissão Especial, em maio de 2007. Decidiu-se por separar o tema da Convenção, consubstanciado em um Protocolo Opcional, cujo projeto foi elaborado por um grupo especial de trabalho. 8

---

7 A autora participou como delegada do Brasil, nas reuniões de 2004, 2005, 2006 e 2007. Também fez parte da delegação da Conferência Diplomática, quando foi escolhida como Vice-Presidente do Comitê II, que cuidou das discussões sobre o Protocolo Adicional sobre a lei aplicável.

8 O Grupo de Trabalho foi dirigido pelo Professor Andrea Bonomi, da Suíça, e contou, entre outros, com a participação do Brasil. Favoreceu a elaboração de alguns artigos para o corpo do documento final e um protocolo com as principais normas. O Professor Bonomi foi eleito relator para o Relatório e Presidente do Comitê n. II na Conferência Diplomática, de novembro de 2007.

É importante realçar o alcance de alguns itens do Protocolo aprovado: i) seu caráter universal, o que permite sua aplicação para os países não signatários9; ii) a prevalência, como regra geral de conexão, da residência habitual do credor (artigo 3), sendo que em caso de mudança deste, a norma da nova residência habitual será aplicável; iii) a previsão de regras especiais, com relação à lei aplicável em caso de alimentos para crianças com outras pessoas, e de filhos para com seus pais, incorporada no artigo 4º; iv) a regra em separado, para ex-esposas, diversa da do artigo 3º: v) a exclusão do reenvio, o que facilita a aceitação do Protocolo pelo Brasil, já que a LICC também possui norma similar; vi) a possibilidade da autonomia das partes em designar uma lei aplicável para os alimentos, dentro de estreitos limites10; vii) a norma de caráter material do artigo 14, de que em questões de lei aplicável aos alimentos dever-se-á levar em conta as necessidades do credor e as possibilidades do devedor.11

O novo documento não só é compatível com o direito brasileiro, como também representaria um avanço para o *aggiornamento* da normativa existente na matéria, que é parca e lacunosa.

A participação do Brasil nos trabalhos da Comissão Especial foi muito proveitosa. A maioria dos tópicos, objeto de dissenso ao longo das negociações, não apresentava grandes problemas de adoção na legislação interna, em vista da avançada legislação protetiva da criança no plano jurídico nacional. Alguns direitos já incorporados ao dia-a-dia dos brasileiros, ainda são alvo de polêmica em outros países. Por exemplo, o papel das autoridades centrais para prestar assistência aos necessitados já é feito pelo Ministério Público Federal na sua atuação em prol da Convenção de Nova York. Tampouco seria considerado um problema para o nosso direito interno a execução de uma decisão de cunho administrativo, a exemplo do reconhecimento que o STF já tem pacificado de sentenças desse tipo provenientes de outros países, de acordo com o direito de origem, e que está sendo seguido pelo STJ, agora responsável pela homologação das decisões estrangeiras. Todas essas questões foram, ao final, resolvidas no documento final.

O Brasil procurou, neste tradicional fórum multilateral, assegurar proteção a brasileiros que são credores de alimentos provenientes do exterior, muitas vezes de outros brasileiros, e permitir a maior cooperação com países que são credores de alguns dos nossos nacionais, ou estrangeiros aqui residentes.

A incorporação, pelo Brasil, de um documento multilateral dessa natureza servirá para aumentar, no âmbito das relações internacionais do país, o respeito aos direitos fundamentais, já garantidos pela Constituição, no tema de proteção da família e da infância.

1.2. Ampliação dos Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional (3ª edição, 2010)

9 Para o Brasil, a norma do artigo 2 é de especial importância, uma vez que a Lei de Introdução não possui normas específicas sobre alimentos. Além disso, o Protocolo poderá ser utilizada mesmo sem a convenção.

10 É uma nova tendência do direito internacional privado, a possibilidade de escolha da lei em outras áreas do direito, seguindo a já consagrada autonomia da vontade nas obrigações (não haveria incompatibilidade com o direito brasileiro, tendo em vista as recentes modificações do Código Civil de 2002).

11 Esse balizamento é a pedra de toque do sistema brasileiro, que tem no binômio necessidade x possibilidade, a diretriz de todas as ações de alimentos.

Bem sucedidos em sua primeira década de existência, os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional serão mais uma vez ampliados para abrigar novas regras sobre a contratação internacional. 12

Entre 4 e 8 de junho de 2007, em Roma, com a presença do Secretário-Geral do UNIDROIT, Prof. Herbert Kronke, e sob a presidência do Prof. M. J. Bonell, reuniram-se membros do Grupo de Trabalho e observadores internacionais para debater cinco novos temas a serem incluídos na terceira edição dos Princípios, cuja publicação é prevista para 2010.13

Instrumento de *soft law* e moderno *ius commune* dos contratos internacionais, os Princípios vêm sendo principalmente utilizados em arbitragens e contratos transnacionais,

---

12 Sobre o tema, em geral, em português, vide: GAMA JR., Lauro. Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vide também: BONELL, M. J. An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 3rd ed., Ardsley (NY): Transnational Publishers, 2005, bem como a bibliografia indicada no site www.unilex.info (último acesso: 15 de fevereiro de 2008).

13 O Grupo de Trabalho é formado por: Dr. Berhooz AKHLAGHI — advogado, Tehran, Iran; Prof. Guido ALPA — University of Rome I "La Sapienza"; Prof. Michael J. BONELL — University of Rome I "La Sapienza" (Chairman of the Working Group); Prof. Paul-André CREPEAU — Professor Emeritus, McGill University, Montreal, Canada; Juiz Samuel K. DATE-BAH — Justice, Supreme Court of Ghana, Accra, Ghana; Prof. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON — Université Panthéon-Assas Paris II (Rapporteur on the topic of conditions); Juiz Paul FINN — Judge of the Federal Court of Australia, Adelaide, Australia; Prof. Marcel FONTAINE — Professor Emeritus, Université Catholique de Louvain, Belgium (Rapporteur on the topic of plurality of obligors and of obliges); Prof. Michael P. FURMSTON — Professor Emeritus, University of Bristol, UK (Rapporteur on the topic of illegality); Prof. Henry D. GABRIEL — Loyola University New Orleans School of Law; Sir Roy GOODE — Professor Emeritus, University of Oxford, UK; Prof. Arthur S. HARTKAMP — Radboud Universiteit Nijmegen, Holanda; Prof. Alexander S. KOMAROV — Russian Academy of Foreign Trade, Moscow, Russia; Prof. Ole LANDO — Professor Emeritus, Copenahagen Business School, Denmark; Chairman of the Commission on European Contract Law (1980-2001); Prof. Takashi UCHIDA — Senior Advisor, Ministry of Justice, Tokyo, Japan; Prof. João Baptista VILLELA — Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil; Prof. Pierre WIDMER — Professor Emeritus, Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne, Switzerland; Prof. ZHANG Yuqing — Beijing Zhang Yuqing Law Firm, Beijing, China; Prof. Reinhard ZIMMERMANN — Director at the Max-Plank-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Germany (Rapporteur on the topic of unwinding of failed contracts). Participaram, como observadores, Mohamed I.M. ABOUL-ENEIN — Director, Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration, Egypt; Ibrahim Hassan AL MULLA — General Manager, Emirates International Law Center, Dubai, United Arab Emirates; Eckart BRÖDERMANN — Lawyer, Brödermann & Jahn, Hamburg, Germany; Christine CHAPPUIS — Professor of Law, University of Geneva, Switzerland; François DESSEMONTET — Professor of Law, University of Lausanne; Observer for the Swiss Arbitration Association (Rapporteur on the topic of termination of long term contracts for just cause); Lauro GAMA e SOUZA, Jr. — Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados, Rio de Janeiro, Brazil; Observer for the Brazilian Branch of the International Law Association; Alejandro M. GARRO — Professor of Law, Columbia Law School, NY, Observer for the New York City Bar; Pilar PERALES VISCASILLAS — Professor of Law, Catedratica de Derecho Mercantil, Universidad de La Rioja; Hilmar RAESCHKE-KESSLER — Observer for the German Arbitration Institution; Giorgio SCHIAVONI — Vice President of the Milan Chamber of National and International Arbitration, Milan, Italy; Jernej SEKOLEC — Secretary of the UNCITRAL; Jeremy K. SHARPE — Attorney-Adviser (International), U.S. Department of State, Washington, D.C.; Christian von BAR — t, Universität Osnabrück, Osnabrück, Germany; Anne Marie WHITESELL — Secretary-General of the ICC International Court of Arbitration; Adrian WINSTANLEY — Director General, London Court of International Arbitration.

cujas características não justificam sujeitar a relação ao direito nacional de determinado país. 14

Os Princípios hoje contêm 185 artigos, divididos em dez capítulos, precedidos de um "Preâmbulo" indicativo do propósito de suas normas. Há "Disposições gerais" sobre os contratos internacionais (Cap. 1), normas sobre a "Formação do contrato e o Poder de representação" (Cap. 2), "Validade" (Cap. 3) e "Interpretação" (Cap. 4), o "Conteúdo do contrato e os Direitos de terceiros" (Cap. 5), a "Execução" (Cap. 6) e a "Inexecução" do contrato (Cap. 7), a "Compensação" (Cap. 8), "Cessão de créditos, dívidas e contratos" (Cap. 9) e "Prazos de prescrição" (Cap. 10). 15

Durante a última Sessão de Trabalho examinou-se a proposta de capítulo sobre Pluralidade de Devedores e/ou de Credores, relatada pelo Prof. Marcel Fontaine, que traz regras sobre os problemas mais freqüentes na contratação internacional quando esta envolve mais de um devedor ou mais de um credor em um ou ambos os pólos da obrigação. Temas como a diferente terminologia no *civil law* e no *common law*, presunção da natureza conjunta ou solidária das obrigações, recursos dos co-obrigados, dentre outros, foram examinados durante os trabalhos. Aprovado o *position paper*, o Grupo decidiu que um esboço preliminar das regras e dos respectivos comentários será apresentado na próxima Sessão, em maio de 2008. 16

Não sem alguma polêmica, debateu-se a proposta de capítulo sobre Ilegalidade nos contratos internacionais, relatada pelo Prof. Michael Furmston. O ponto revelou visões distintas dos problemas suscitados por contratos transnacionais que, por exemplo, tenham sido firmados mediante a paga de propina ou que pressuponham afronta a padrões mínimos de segurança do trabalho e respeito aos direitos humanos. Por conta disso, e da íntima ligação entre o tema e a noção de ordem pública internacional, o Grupo decidiu repensar a conveniência de inclusão deste capítulo, e, alternativamente, sugeriu fosse elaborada uma proposta mínima de regras.

A proposta de capítulo sobre Condições, relatada pela Profa. Bénédicte Fauvarque-Cosson, abordou normas bem conhecidas dos civilistas acerca das condições freqüentemente insertas nos contratos internacionais, seja para suspender sua eficácia antes do implemento de algum evento, seja para resolver suas obrigações diante da ocorrência de certas situações. Aqui, também, procurou-se sintetizar o "estado da arte" na matéria, buscando os melhores exemplos do *common law* e do *civil law* num contexto de internacionalização dos contratos.

A proposta relativa a *Unwinding of Failed Contracts*, relatada pelo Prof. Reinhard Zimmermann, essencialmente contém normas sobre a restituição das prestações, ou, dito em outras palavras, o retorno das partes ao *status quo ante* quando o contrato internacional tenha sido resolvido ou anulado com efeitos retroativos. O Código Civil brasileiro, diversamente do Código Civil do Québec (arts. 1700 a 1706), não possui

---

14 Um repertório contendo mais de 100 decisões arbitrais e judiciais envolvendo a aplicação dos Princípios, vide: www.unilex.info (último acesso: 18 de fevereiro de 2008).

15 O UNIDROIT indica como versão brasileira dos Princípios do UNIDROIT 2004 a que elaboramos em: GAMA JR., Lauro. Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

16 Para uma referência completa dos trabalhos, vide: Summary Records of the 2nd Session (Rome, 4 to 8 June 2007) – Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd). UNIDROIT 2007, Study L – Misc. 27 (English only) November 2007. Disponível no site www.unidroit.org (ultimo acesso: 15 de fevereiro de 2008).

regras específicas sobre o tema, embora a norma geral que veda o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra lance a necessária luz para que o intérprete solucione as controvérsias derivadas desse tipo de situações. Em contexto internacional, é mais que recomendável a existência de regras claras sobre o assunto, e, no caso concreto, um esboço preliminar delas será apresentado na Sessão de maio de 2008.

Finalmente, deliberou-se que, tendo em vista a complexidade do tema, que deita raízes na impossibilidade relativa, e sua delicada relação com o princípio geral do *pacta sunt servanda*, as normas propostas sobre Resolução de Contratos de Duração por Justa Causa deveriam ser enriquecidas com mais um ano de reflexões e trazidas à discussão somente na próxima Sessão de trabalho, em 2008.

Em conclusão, a crescente importância dos Princípios do UNIDROIT, exemplificada pelos trabalhos de ampliação, vai de par com a internacionalização do direito que, de modo geral, afeta a maioria dos países. Os fluxos comerciais cada vez mais intensos e a enorme facilidade das comunicações possibilitam um diálogo intenso entre pessoas de origem e formação diversa, e é a base desse *work in progress* – como já disse Bonell – cujo objetivo é unir os povos sob uma língua contratual comum.

2. NOVIDADES NO PLANO INTERNO

2.1. A EC 54 sobre nacionalidade e seus efeitos

Em matéria de nacionalidade, a grande inovação do ano de 2007 foram as modificações feitas no artigo 12, I (c) pela Emenda Constitucional n. 54.

Depois de treze anos de vigência do sistema restritivo de nacionalidade *jus sanguinis* que vigorou a partir de 1994 por força da Emenda Constitucional n. 3 desse mesmo ano, a Emenda Constitucional n. 54 de 20 de setembro de 2007 altera novamente o inciso I (c) do artigo 12 da Constituição Federal de 1988. A justificativa de mais essa modificação no citado texto constitucional – a segunda desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi a necessidade de reintroduzir o registro consular atributivo de nacionalidade, suprimido, por equívoco, durante o Congresso Revisor de 1994.17

Durante a revisão constitucional de 1994, a discussão em torno do artigo 12 da CF dizia respeito ao estabelecimento ou não de um prazo para o exercício da opção pela nacionalidade brasileira. O texto constitucional anterior estabelecia o prazo de quatro anos a partir da maioridade; a Constituição de 1988 passou a prever a possibilidade da opção "a qualquer tempo". Ao final do congresso revisor, o parecer do Relator, à época o Deputado Nelson Jobim, concluiu pela modificação do texto constitucional para voltar a prever o prazo de quatro anos a partir da maioridade para o exercício da opção, de maneira que a condição incidente sobre a nacionalidade fosse de natureza resolutiva e não suspensiva.

Surpreendentemente, a redação introduzida pela Emenda Constitucional n. 3 de 1994 não coincidiu com o texto proposto e aprovado. Uma inversão na ordem das votações, que naquele momento então passou despercebida, fez com que a Emenda Aglutinativa n°

17 Sobre este ponto, veja-se VARGAS, Daniela, "A nacionalidade brasileira dos filhos de brasileiros nascidos no exterior", in O Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p.289/316.

1, resultante das Propostas Revisionais dos Deputados Maurílio Ferreira Lima e José Maria Eymael, acabasse sendo votada imediatamente depois do Substitutivo do Relator. Desta forma, o Parecer n° 2 de 1994, de 23 de fevereiro de 1994 reproduziu o último texto aprovado – o da Emenda Aglutinativa, não o do Substitutivo do Relator – e a reforma do texto constitucional acabou por não refletir o consenso e as deliberações tomadas. 18 Apesar da vontade do Congresso Revisor ser a de manter o registro consular e reinstituir o prazo de quatro anos para o exercício da opção pela nacionalidade brasileira daqueles não-registrados, a modificação do texto do artigo 12, pela EC n. 3/94, deixou de prever o registro atributivo de nacionalidade brasileira, instituindo para todos os nascidos no exterior a exigência de manifestar-se formalmente pela nacionalidade brasileira, ainda que a qualquer tempo.

A extinção da outorga de nacionalidade pelo registro consular, a partir de 1994, causou grande inquietação aos pais brasileiros residentes no exterior, preocupados com uma situação de virtual apatrídia de seus filhos nascidos em países que não estendem a nacionalidade, pelo nascimento, a filhos de estrangeiros nascidos em seu território. 19 A situação foi parcialmente contornada por meio de regulamentação do Ministério das Relações Exteriores, que voltou a permitir que se fizessem os assentos de nascimento, ainda que sem efeitos para fins de nacionalidade, e passou a expedir passaportes brasileiros a esses menores, com a observação de que precisariam posteriormente optar pela nacionalidade brasileira. Apesar de titulares de passaporte brasileiro, a regularização da sua condição de nacional somente poderia ser concluída após a maioridade civil, quando então poderiam formalizar a opção pela nacionalidade brasileira, em processo de jurisdição voluntária perante a Justiça Federal. Enquanto não formalizada a opção pela nacionalidade brasileira, os nascidos no exterior estavam impedidos de fazer o alistamento eleitoral e militar obrigatórios.

O Congresso Nacional, ao aprovar a EC 54/2007, veio restaurar a vontade do constituinte originário de 1998, confirmada no Congresso Revisor de 1994, no sentido de atribuir a nacionalidade brasileira originária aos nascidos no exterior por meio do registro de nascimento na repartição consular.

A EC 54/2007 entendeu cabível estender o registro atributivo de nacionalidade aos nascidos na vigência da EC n.3/94, incluindo para tanto um artigo – de número 95 – ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tecnicamente está correta esta inclusão, posto que se trata de uma disposição de transição entre o texto constitucional aprovado pela EC n.3/94 e o texto constitucional modificado pela EC 54/2007.

O novo artigo 95 do ADCT20, estende aos menores nascidos entre 07 de junho de 1994 e 20 de setembro de 2007, a possibilidade de virem a ser registrados na repartição consular ou diplomática no exterior, ficando desta forma dispensados de posteriormente

---

19 Entre estes casos, estão dezenas de filhos de jogadores de futebol brasileiros contratados por times europeus.

20 EC n. 54, Art. 2° O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 95: "Art. 95. Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil."

formalizar a opção pela nacionalidade brasileira. No caso dos menores que já retornaram ao Brasil com suas famílias, o texto menciona a possibilidade do registro nos ofícios de registro de pessoas naturais, sem esclarecer como se daria esse registro, mormente se o menor já teve o seu assento de nascimento estrangeiro transcrito no Registro Civil do local onde fixou domicílio no Brasil.

Apesar de não constar do texto da emenda, há de se entender que os efeitos de outorga de nacionalidade originária e dispensa de futura opção também se aplica aos menores nascidos na vigência da EC n.3/94, mesmo que já haviam sido registrados nas repartições consulares e diplomáticas.

Um esclarecimento importante foi incluído na redação do texto do artigo 12, I (c): o de que a opção pela nacionalidade brasileira exige capacidade civil plena. No texto aprovado pela EC n. 3/94 estava mencionada a exigência de vir residir no Brasil e fazer a opção em qualquer tempo, sem explicitar – como ocorria no texto original da Constituição de 1988, que a opção pela nacionalidade só poderia ser feita após a maioridade.

Em síntese, a EC 54/2007 acabou por restaurar o texto original da Constituição de 1988, abrindo mão da limitação do prazo de quatro anos para o exercício da opção como havia sido proposto no Congresso Revisor de 1994.

Cabe ainda ao legislador fazer as necessárias modificações na Lei de Registros Públicos, para refletir essas alterações e, principalmente, assegurar que os ofícios de registro civil de pessoas naturais apliquem corretamente o artigo 95 do ADCT.

2.2. Jurisprudência dos Tribunais Superiores

O STF e a nova interpretação sobre o pacto de São José

A constitucionalidade da prisão civil por dívida, proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica exceto nos casos de não-pagamento de prisão alimentícia, voltou a ser discutida e votada no STF em 2007. Trata-se do RE 466.343,21 no qual o Ministro Gilmar Mendes analisa cuidadosamente a questão da hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, bem como a jurisprudência anterior do STF. No seu entender, os tratados anteriores à EC 45 não tem como atingir o *status* de emenda constitucional. Todavia, tampouco se equiparam à lei federal. Estão em uma categoria que definiu como supralegal, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Criou-se um meio degrau na pirâmide da hierarquia legal, ao estabelecer um novo *locus* para esses tratados anteriores à EC 45.

No mesmo voto, o Ministro Gilmar Mendes aproveita para dar uma solução para os tratados internacionais ratificados antes da EC 45, sugerindo que os mesmos possam ser reapresentados ao Congresso Nacional e aprovados com o quorum qualificado necessário para que tenham hierarquia constitucional. Seria o caso, exatamente, do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado em 1992.

No caso em questão, ainda *sub judice*, sete votos já foram proferidos, mas o julgamento não foi concluído em 2007, em virtude de um pedido de vista do Ministro Celso de Mello.

Embora o RE 466.343 ainda esteja pendente de decisão final, o voto do Min. Gilmar Mendes, que já pode ser considerado o voto da maioria nesse *leading case* já foi invocado

21 RE 466.343. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

em decisões em Habeas Corpus pelo STF no curso de 2007. No HC 90751, julgado em 08 de março de 2007, o impetrante invoca o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343, em amparo a seu pedido22, e o Min. Gilmar Mendes, novamente relator, expõe sinteticamente na decisão seu entendimento pelo status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, deferindo a liminar. 23 O mesmo entendimento se repete no HC 90172 / SP, julgado em 05 de junho de 2007. 24

Apesar dos dois casos supracitados, em que o relator era o Ministro Gilmar Mendes, o STF em outros casos ainda decidiu na linha de sua jurisprudência clássica em favor da legalidade da prisão civil, especialmente quando se tratou de depositário judicial. Por exemplo, no RH 90.759/MG, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski, que não decidiu segundo o voto majoritário no RE 466.343, entendeu que o mesmo, "apesar de paradigmático e indicativo de uma mudança no entendimento do disposto no artigo 5º. LXVII, da Constituição Federal, não tem o condão de superar a corrente jurisprudencial outrora sumulada da viabilidade do decreto de prisão do depositário judicial infiel." 25

A novel posição do STF tampouco encontrou eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos casos de prisão civil julgados em 2007 ainda menciona a legalidade da prisão civil por dívida do depositário com base nos precedentes do STF. 26

O STJ e a Cooperação Jurídica Internacional – análise de algumas decisões importantes

---

22 HC Nº 77.137 do STJ

23 "Desde a ratificação dos referidos tratados, inexiste uma base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. É que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante", Medida Cautelar no HC 90751 MC / SC, Relator MIN. GILMAR MENDES, j. 08/03/2007.

24 HC 90172 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS, Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 05/06/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com sete votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

25 RHC 90759 / MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 15/05/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma.

26 O Resp. 967.649/RS, Relator Min. Castro Meira, j. 18/10/2007, Segunda Turma, na ementa, declara a constitucionalidade da prisão civil, e a inaplicabilidade do Pacto de São José apesar da EC 45, por não ter sido o tratado ratificado com o quorum qualificado.

Desde que a competência para os casos de homologação de sentença estrangeira e cartas rogatórias passou do STF para o STJ, em 2005, nota-se que paulatinamente o tribunal avança em sua compreensão do tema. Com efeito, 2007 é o ano em que o STJ afirmou categoricamente, em vários julgados, uma jurisprudência própria e ampliou a utilização de sua Resolução n. 9, que constitui a principal fonte de regulamentação das novas decisões, ao invés da antiga jurisprudência do STF e seu regimento interno.

O STJ julgou inúmeros casos durante 2007 sobre cooperação jurídica internacional, tanto na área cível quanto penal, dos quais somente alguns serão comentados diretamente. Por outro lado, marcou a atuação do STJ a rapidez com que a maioria dos casos foi julgada. Cartas rogatórias e sentenças estrangeiras de assuntos corriqueiros como citações de pessoas domiciliadas no Brasil e sentenças de divórcio foram decididas em pouco tempo, dando celeridade ao processo. Note-se que o número de sentenças estrangeiras contestadas é relativamente pequeno se comparado ao número de casos em geral.

Sentença Estrangeira Contestada 911 – Pipeline e propriedade intelectual

O pedido de homologação de sentença estrangeira que declarou inválida uma patente inglesa de remédio, a SEC 91127, revogando-a, foi um dos casos mais interessantes já julgados pelo STJ, pelo ineditismo da matéria e por suas futuras conseqüências. A patente inglesa, que afinal foi declarada inválida no Reino Unido, tinha importância para o Brasil porque esta havia sido registrada no Brasil pela janela do pipeline.28 Por este sistema, a

---

27 SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA – DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DE PATENTE INGLESA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA INGLESA – VALIDADE DE PATENTE BRASILEIRA DE REVALIDAÇÃO OU CONFIRMAÇÃO DA PATENTE INGLESA - TEMA QUE TRANSBORDA OS LIMITES DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO – TRÂNSITO EM JULGADO – EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA – LITISPENDÊNCIA – INEXISTÊNCIA - OBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NA RESOLUÇÃO Nº 09, DE 04 DE MAIO DE 2005 C/C EC Nº 45/2004 - DEFERIMENTO. - Compete à justiça inglesa revogar qualquer patente concedida no Reino Unido, ainda que seja revalidação ou confirmação de patente européia. - A validade de patente brasileira de revalidação ou confirmação de patente inglesa, pelo regime de pipeline, declarada nula por decisão da justiça Inglesa transitada em julgado, é questão que transborda dos limites do pedido de homologação de sentença estrangeira. - A prova do trânsito em julgado é matéria processual, que varia em cada país, não se podendo exigir a mesma forma do direito brasileiro. - Não há que se falar em litispendência entre a sentença da Grã-Bretanha e a ação em curso na justiça brasileira entre a requerida e outra empresa do ramo versando sobre medicamento diverso. - Presentes os pressupostos legais indispensáveis (art. 5º, itens I a IV da Resolução nº 09, de 04.05.2005 do Superior Tribunal de Justiça) impõe-se o deferimento da homologação requerida, condenado-se a requerida ao pagamento das custas e honorários, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa. - Sentença estrangeira homologada.

28 A Constituição de 1988 outorgou às patentes de produtos farmacêuticos uma proteção antes inexistente, ao elencar no rol dos direitos fundamentais, de forma expressa, o princípio de proteção. No entanto, somente em em 1996, com a Lei n. 9.279, de 15 de maio de 1996, esse direito foi regulamentado, já em conformidade com o TRIPS, (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, que corresponde ao Anexo 1C do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (o "Acordo Constitutivo da OMC"), que incorporou os resultados da Rodada Uruguai e constituiu a Organização Mundial do Comércio (a "OMC"). O Acordo Constitutivo da OMC foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 30, de 15 de dezembro de 1994, D.O.U. de 19 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994, D.O.U. de 31 de dezembro de 1994). Tendo em vista que para contar com a proteção era preciso registrar a patente, que passaria por um processo de verificação, e a existência de patentes já registradas no exterior anteriormente, foi criado um sistema excepcional e transitório, com prazo de um ano para seu requerimento, denominado pipeline de forma a atender somente aquelas patentes já concedidas no

patente estrangeira é aceita diretamente pelo INPI, durante o período em que essa possibilidade foi aberta. Portanto, não havia como ignorar as conseqüências da anulação judicial da patente no exterior, dada a dependência daquela outorgada pelo INPI, transformada agora em uma patente nacional.

O caso iniciou-se ainda no STF, sendo transferido ao STJ por força da EC 45/04. O Ministro Relator, em seu voto, cuidou de todas as questões controvertidas do pedido. A primeira delas dizia respeito à confusão entre a patente inglesa e a patente européia, que tal como no Brasil, foi dada com base na primeira. Portanto, a homologação só poderia ser da patente inglesa, que era a patente de origem, e não cabia ao Brasil analisar nada referente à patente européia.

Com relação aos requisitos formais necessários ao procedimento de homologação, todos haviam sido devidamente cumpridos, a teor do disposto na Resolução n.9, pelo que o Relator votou pelo seu deferimento. A discussão a respeito da ordem pública também foi superada, tendo-se concluído que não houve qualquer ofensa que impedisse a homologação. Foi seguido pelos demais Ministros, à exceção do Ministro José Delgado, que era pelo indeferimento do pedido.

Um dos pontos mais discutidos foi a questão relativa à eficácia da decisão. Ao final, restou esclarecida a necessidade da homologação para que se pudesse buscar, no futuro, qualquer manifestação com relação à patente nacional, já que o ato do INPI com relação a esta patente derivou diretamente da patente inglesa, por se tratar de uma patente de revalidação. Nesse sentido, embora a homologação não afetasse diretamente a patente do INPI, sem ela, nada se poderia fazer com relação a esta. O Ministro Luiz Fux votou nesse sentido, e o Ministro Teori Zavascki expressamente aludiu ao interesse da parte em homologar a decisão estrangeira em seu voto-vista.

A Carta Rogatória 438 e a quebra de sigilo bancário

A polêmica a respeito da possibilidade do deferimento de medidas de caráter executório através de cartas rogatórias é bastante antiga na jurisprudência do STF, que se posicionara contrariamente à sua concessão, pois esta seria contrária à ordem pública brasileira. Neste importante precedente, o STJ modificou esse entendimento em prol de uma nova era na cooperação jurídica internacional, que tem como um de seus pilares o combate ao crime organizado.

O STJ, ao criar a Resolução no. 9, artigo 7º, já demonstrara ter se afastado da posição anterior do STF, ao estatuir: "As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios."

O Brasil sempre considerou pedidos de informações sobre dados bancários, como sendo de caráter executório. Na época do STF, eram denegados, com base na argumentação de que sua concessão implicaria quebra do sigilo bancário, que no Brasil

---

exterior e ainda não utilizadas no Brasil, dando-lhes, assim, a proteção da nova lei. Pelo sistema excepcional do pipeline, aceitavam-se os exames já realizados no país de origem e concedia-se, a partir da data daquele depósito, proteção patentária idêntica àquela recebida no país de origem. Tratava-se de uma cláusula de exceção em estreitos limites, que retirava dos órgãos brasileiros competentes a possibilidade de intervir naquela patente já concedida. Era uma espécie de revalidação de patentes requeridas no exterior.

dependia de autorização judicial fundamentada.29 No STJ, a análise de ofensa à ordem pública continuou sendo feita caso a caso, mas não mais com a disposição de considerá-la um impedimento geral a todos os pedidos.

Na CR 438, o Relator, Ministro Luiz Fux, modificou seu entendimento anterior, alinhado com o STF, e concedeu o exequatur com base em nova argumentação.30 O Ministro foi sensível à necessidade de que o STJ assumisse posição mais efetiva no combate ao crime organizado transnacional. Deu prevalência, portanto, ao princípio da efetividade do poder jurisdicional no novo cenário da cooperação internacional.

Em face do crescimento do crime organizado em seu âmbito global, com ramificações em mais de um país, o STJ passou a deferir os pedidos que contêm medidas de caráter executório na área penal. Nestes têm sido utilizadas, com frequência, as convenções

---

29 Exemplo anterior do STF é a CR 8.622, julgada em 24/9/1999, DJ 5/10/1999, Relator Ministro Celso de Mello. Nessa carta, o pedido partira do Ministério Público italiano. Destaca-se o trecho pertinente: "Quanto à diligência que pretende a investigação de contas bancárias, o pedido também não comporta deferimento. É que a quebra do sigilo bancário depende, no Brasil, de ordem judicial que a decrete, inexistente no caso, pois o pedido partiu do Ministério Público no Tribunal de Roma, na linha do que ficou decidido na Carta Rogatória nº 7.126-4 - República Italiana (DJ 20.03.96, p. 7.875). 5. Portanto, a diligência acima referida não poderia ser executada sem que antes se procedesse à homologação, pela Justiça Brasileira, de eventual sentença estrangeira que a tivesse determinado". Também no mesmo sentido, veja-se a CR 9.024, julgada em 2/12/1999, DJ 14/12/1999, Relator Ministro Carlos Velloso.

30 EMENTA. CARTA ROGATÓRIA. DILIGÊNCIAS. BUSCA E APREENSÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DO EXEQÜATUR. 1. Carta Rogatória encaminhada pelo Ministério das Relações Exteriores a pedido da Embaixada da Bélgica, com o fim de verificar possível crime de lavagem de dinheiro envolvendo empresário brasileiro descrito nestes autos, por solicitação do juízo de instrução, do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, Bélgica. 2. É cediço que: A tramitação da Carta Rogatória pela via diplomática confere autenticidade aos documentos. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pautava-se no sentido da impossibilidade de concessão de exequatur para atos executórios e de constrição não-homologados por sentença estrangeira. 4. Com a Emenda Constitucional 45/2004, esta Corte passou a ser competente para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias. 5. A Resolução 9/STJ, em 4 de maio de 2005, dispõe, em seu artigo 7°, que "as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios". 6. A Lei 9.613/98 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), em seu art. 8° e parágrafo 1°, assinala a necessidade de ampla cooperação com as autoridades estrangeiras, expressamente permite a apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes antecedentes de lavagem de dinheiro, cometidos no estrangeiro. 7. Destarte, a Lei Complementar 105/2001, por sua vez, em seu art. 1°, parágrafo 4°, dispõe que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, sendo que a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: (...) VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa. 8. Deveras, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto 5.015/2004) também inclui a cooperação judiciária para "efetuar buscas, apreensões e embargos", "fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos", "fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas", "identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios", "prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido" (art. 18, parágrafo 3, letras a até i). Parágrafo 8 do art. 18 da Convenção ressalta que: "Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária prevista no presente Artigo". 9. In casu, A célula de tratamento das informações financeiras (CETIF) denunciou no dia 16 de Julho 2002 ao Escritório do Procurador Geral em Bruxelas a existência de índices sérios de branqueamento de capitais (...) entre as pessoas envolvidas no presente processo. 10. Princípio da efetividade do Poder Jurisdicional no novo cenário de cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional. 11. Concessão integral do exequatur à carta rogatória.

internacionais multilaterais, como a de Palermo, de combate ao crime organizado e outras de caráter bilateral, como a de Portugal e a da Itália.31

Tutela antecipada em homologação de sentença estrangeira

Uma importante modificação do sistema de homologação do STF para o STJ, foi a possibilidade de concessão de tutela antecipada no curso da ação de homologação, antes da decisão final da homologação. A Resolução n. 9 permitiu expressamente essa hipótese no artigo 4º. Parágrafo 3º., em que está dito que se admite tutela de urgência nas homologações de sentenças estrangeiras.

Na época em que o STF era competente para julgar a matéria, não havia regulamentação e em casos julgados na década de oitenta, o tribunal negou esses pedidos, tendo afirmado que nenhum efeito podia ter a decisão estrangeira antes da concessão da homologação.32

Com a disposição da Resolução n. 9, começaram a surgir pedidos, sujeitos à apreciação do Presidente. Desde 2005, vários deles foram analisados e a maioria denegada, mas por ausência dos requisitos da tutela, o *fumus boni juris* e a urgência da medida, sendo sempre essas decisões fundamentadas.

Os critérios de análise do STJ tem sido muito parcimoniosos e a tutela foi deferida poucas vezes. Assim, quando o requerente tem por fito poder casar mais rapidamente ou vender um imóvel, antes do julgamento da homologação, ela tem sido indeferida (por exemplo, nas CRs 3260, 3259, 3000, 3198, 3173, 2865). Até mesmo uma em que a parte alegava que precisava casar com urgência em face da doença de seu noivo foi indeferida, pois não havia sido juntada prova da gravidade da doença (CR 3230).

No entanto, alguns casos foram deferidos. Na CR 1601, pleiteava-se matricular criança em escola, antes da homologação da sentença de adoção, o que foi concedido, pois a liminar queria evitar dano de difícil reparação, que a criança deixasse de estudar enquanto tramitava o processo. Na SEC 746, tratava-se de iniciar o pagamento de alimentos provisórios enquanto pendia o pedido de homologação da sentença estrangeira, o que também foi deferido.33 Pode-se afirmar que, em 2007, o entendimento do STJ nesta matéria é firme e com parâmetros bem definidos.

---

31 CR 691, STJ, DJ 13.10.2005. Cf., outras hipóteses, como a CR 410, em que o pedido de informações bancárias não foi considerado como sendo quebra de sigilo porque requerido pela própria autora da ação. DJ.10.11.2005. No mesmo sentido, a CR 186.Contrário ao pedido, confira-se a CR 534, DJ, 20.4.2005. Ainda contrária, mas por ausência de informações suficientes, confira-se a CR 41, julgada em 24.08.05. No entanto, os pedidos continuam a ser analisados cuidadosamente e quando não há informações suficientes, podem ser negados, como ocorreu no AgRg CR 534 e na AgRg CR 2069. Outra questão analisada disse respeito à quem compete o pedido, como na CR 998, em que a ordem foi denegada porque segundo o STJ o Ministério Público da Itália não seria competente para o pedido.

32 A questão surgiu no STF, que se manifestou contrariamente ao pedido de antecipação da tutela, no processo de homologação, pois isto permitiria a execução imediata da decisão antes de findo este procedimento. Confira-se a SEMC 3.408, na qual pedido de arresto de bens, no curso da homologação de sentença estrangeira, foi indeferido, pois o STF entendeu que somente depois da homologação qualquer medida de caráter executivo poderia ser determinada.

33 Confira-se o trecho da decisão: "... Viabilizada a tutela, observa-se que a hipótese dos autos está dentre aquelas em que se admite a concessão da antecipação do provimento jurisdicional. Existente nos autos prova inequívoca do direito da autora, bem como verossimilhança em suas alegações, resta indagar-se da existência de dano irreparável ou de difícil reparação ou caracterização de abuso de direito de defesa. O

CONCLUSÃO

O ano de 2007 foi positivo para o direito internacional privado, tendo havido novidades no plano interno e no plano internacional. Neste último, nota-se o avanço do sistema de negociações internacionais para obter uma regulamentação aplicável à todos os países, em temas relativos às pessoas e aos contratos.

No plano interno, com a proximidade do vigésimo aniversário da CF, o STF finalmente consagra o espírito inspirador do artigo 5º. Parágrafo segundo, agora com o parágrafo terceiro, dando status diferenciado aos tratados de direitos humanos.

Nos tribunais, a mudança de competência nas questões da cooperação jurídica internacional do STF para o STJ não foi uma troca meramente retórica. Apesar do grande volume de casos de que cuida diuturnamente, o STJ soube dar destaque à matéria e imprimiu um ritmo acelerado na solução desses casos. Dados do relatório estatístico e de uma consulta empírica demonstram que quando um pedido de homologação é iniciado com todos os documentos (pois é comum a falta de alguns deles) o prazo médio entre a entrada e a homologação é de seis meses. Também nas cartas rogatórias se verifica a mesma agilidade. Ademais, o STJ tem usado com freqüência as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, como a de Palermo, sobre o crime organizado nas cartas rogatórias penais.

A modificação da competência propiciou uma convergência na interpretação do direito brasileiro com relação às questões internacionais, uma vez que já cabia ao STJ o protagonismo na interpretação do direito federal, mormente a Lei de Introdução ao Código Civil e o Código de Processo Civil.

caráter alimentar da dívida, por si só, caracteriza a existência de risco de dano de difícil reparação, máxime, tendo em vista a pendência do julgamento definitivo da homologação."

Súmula Vinculante e Constituição Dirigente: Uma Questão da Soberania

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, Alemanha,
Professor da Universidade de Fortaleza, CE, Brasil,
Procurador-Geral do Município de Fortaleza, CE, Brasil.

"Rompi, cortei, quebrei, e disse, e fiz,
mais do que todo cavaleiro andante;
fui valente, destríssimo, arrogante,
mil agravos vinguei, cem mil desfiz"[1].

INTRODUÇÃO

Decorridos mais de três anos da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 tem o Conselho Nacional de Justiça – CNJ doravante - obtido da opinião pública e do pensamento de intelectuais a se ocuparem do assunto quase uma unanimidade: no desempenho de suas prerrogativas, o CNJ tem um saldo positivo. Sem dúvida uma das questões de maior polêmica foi a da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, a enfrentar um dos pontos mais importantes da republicanização do estado brasileiro, isto é, a presença do nepotismo no âmbito de todo o Poder Judiciário do País. Anterior, porém, aos embates a respeito da constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, discutiu-se no mesmo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004, novamente no ponto sobre a criação do CNJ. Nos dois casos de argüições de inconstitucionalidade e de constitucionalidade - é interessante notar que a Associação dos Magistrados Brasileiros foi a protagonista a provocar o Supremo Tribunal Federal, desencadeando amplo debate de idéias nos principais meios de comunicação e periódicos científicos brasileiros. Como se constata, a mencionada Emenda e suas conseqüências não passaram desapercebidas do cenário político-jurídico nacional.

Para além destas questões, gostaria de enfrentar neste pequeno texto uma digressão sobre tema igualmente trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, notadamente, aquele da súmula vinculante - incorporada pela introdução do art. 103-A e seus parágrafos - a partir de seus nexos com o estado democrático de direito objetivamente definido pela Constituição da República.

I.

Praticamente desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 que se discute no Brasil a necessidade do efeito vinculante nas decisões de controle

[1] Cervantes, Miguel de: Dom Quixote de la Mancha, vol, 1, Ediouro, SP, 2002, p. 97.

concentrado da constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Mais que discussão, constatava-se mesmo um ressentimento, da parte de intelectuais e juristas, pela inexistência de tal mecanismo a auxiliar e tornar mais eficaz o sistema de controle concentrado da constitucionalidade nacional.

Juntava-se a este vazio a curiosa situação do controle da constitucionalidade brasileiro. Por um lado, a então existente ação direta de inconstitucionalidade possibilitava o controle abstrato o qual convivia com a possibilidade do controle difuso; ambos modelos (abstrato e concreto) julgados perante uma única e última instância (o Supremo Tribunal Federal) que não era corte exclusivamente constitucional. Assim, a Constituição da República incorporou elementos das duas grandes experiências em controle da constitucionalidade: a primeira, aquela dos Estados Unidos da América, com seu controle difuso, exercido por um tribunal que não era formado somente para o controle da constitucionalidade, mas funcionava como instância recursal; a segunda, representado pela formulação européia após 1945, isto é, com tribunais dedicados somente à guarda da constituição e em controle abstrato da constitucionalidade. Como se não bastassem tais diferenças entre os modelos, a formação dos tribunais em cada uma destas experiências era enorme: na primeira, os nomeados partiam de iniciativa do Presidente da Nação e permaneciam vitaliciamente no cargo; na segunda, as nomeações ou se originam do Poder Legislativo, possuindo os nomeados mandato certo, temporalmente limitado. O Brasil, então, optara pelo que se qualifica como um sistema híbrido: controles abstrato e concreto, corte não exclusivamente constitucional, nomeações pelo Presidente da República, sem a presença do efeito vinculante. Para muitos, portanto, a confusão estava feita, provando-a o período de crise econômica a desafiar a inteligência da economia política pátria praticamente desde o início dos anos 80. Este argumento, aliás, foi utilíssimo para que se defendesse a introdução do efeito vinculante no sistema de controle da constitucionalidade, já que exatamente sua ausência impossibilitava, por parte do governo, o combate à superinflação brasileira e à paralisia do desenvolvimento econômico: o governo fazia publicar um plano econômico, e juízes e tribunais de primeira e segunda instância decidiam por aspectos inconstitucionais do plano econômico elaborado. Como não se tinha efeito vinculante, embora as decisões do Supremo Tribunal federal fossem favoráveis a esse plano, a insegurança esta gerada, já que as sentenças dos juízes e tribunais somente poderiam ser revistas ao chegarem, pela via do recurso extraordinário, no mesmo STF. Assim respondeu o controle da constitucionalidade – e a própria Constituição – pela ingovernabilidade do País, até o redentorismo da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993!

Com a introdução da ação direta de constitucionalidade – ADC - e seu efeito vinculante pela Emenda Constitucional nº 3/93, comprovou-se que a governabilidade estava mais a exigir da Constituição do que a democracia. Uma das características fundamentais da ADC era o seu diminuto rol dos ativamente legitimados para sua propositura: figuravam, na redação original do então introduzido § 4 ao art. 102 da Constituição Federal, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República como as únicas autoridades com legitimidade à propositura de ADC. Como salta aos olhos, somente figuras do Estado, em divergência ao art. 103 da Constituição o qual legitimava figuras representativas do Estado e da sociedade

para a legitimidade ativa de proposta de ação direta de inconstitucionalidade – ADI, esta, até o momento, destituída da possibilidade de efeito vinculante. A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, resolveu, ainda estes problemas: tanto unificou o rol dos legitimados ativamente para propositura de ADI e ADC – em torno de todos os listados no art. 103 – como pacificou um tormento para o Supremo Tribunal Federal ao conferir efeito vinculante a todos os instrumentos de controle concentrado da constitucionalidade brasileiros perante o mesmo STF.

Com a redação inicial da Emenda Constitucional nº 3/93 não restou dúvida de que a situação econômica do País prevaleceu. Evidente que não faltaram sólidas vozes contrárias ao efeito vinculante e sua absoluta incompatibilidade com a garantia fundamental da ampla defesa **com os recursos a ela inerentes** aos litigantes em processo judicial ou administrativo, na conformidade dos parâmetros do art. 5º, LV da Constituição da República.

No julgamento da ADC nº 1 pelo Supremo Tribunal Federal o problema foi resolvido. Em acórdão cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, um astuto e original argumento manteve a constitucionalidade do efeito vinculante. Entendeu o Min. Moreira Alves que a cláusula do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal aplicava-se somente aos processos de interesses pessoais, entre partes privadas e não àqueles de controle da constitucionalidade. Assim, inexistia qualquer violação à cláusula eterna do inciso IV do § 4º do art 60 da Constituição – a impedir a apreciação de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Nas palavras do próprio acórdão:

> "A improcedência desses ataques com relação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias fundamentais é evidente **em face dos instrumentos pelos quais se realiza o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos** – e a ação declaratória de constitucionalidade é um deles – **terem natureza de processos objetivos que visam ao interesse genérico de defesa da Constituição em seu sentido mais amplo, e aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processo *inter partes*)** para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos"[2]. (Grifei).

Embora esteja claro que o texto constitucional do inciso LV do art. 5º não tenha sequer mencionado qualquer tipo de exceção à aplicação da ampla defesa **com os recursos a ela inerentes** – tampouco o excepcionou qualquer instante do texto da Constituição – restou, com esta idéia, superado o obstáculo constitucional contrário à introdução do efeito vinculante no constitucionalismo brasileiro.

Merece registro, ainda, um desafio não olvidado pelo STF e que decorre necessariamente do entendimento acima demonstrado. Ao afirmar a singularidade dos processos de controle concentrado da constitucionalidade no acórdão da ADC nº 1 a não exigirem estes processos, a aplicação da ampla defesa com os recursos a ela inerentes, ratificou este Tribunal toda a especialidade de tais processos, que não admitem, por exemplo, instrução. Resta a pergunta a respeito dos motivos que

---

[2]ADC nº 1, *in*: Mendes, Gilmar Ferreira: Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil, Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 2000, pp. 274/275.

conduziram o mesmo STF a manter, até os dias atuais, a constitucionalidade da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 que, no § 1º do art. 9º, abre (positivamente, ressalte-se) a possibilidade de "instrução processual" – semelhantemente, portanto o que se dá nos processos *inter partes* de "interesse subjetivo" - quando prevê este dispositivo infraconstitucional que:

> "§ 1º - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita aparecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoa experiência e autoridade na matéria".

Após o acórdão da ADC nº 1, as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 que regulamentam, a primeira, ADI e ADC; e a segunda, a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – igualmente atribuído o efeito vinculante às decisões proferidas pelo STF em sede de ADPF, por força do § 3º do art. 11 do último diploma normativo – não restaria mais questionamento sobre a constitucionalidade do efeito vinculante e sua aplicação no Brasil.

II.

Não há como negar que o ingresso da súmula vinculante também obedeceu ao parâmetro da governabilidade. Razões de ordem pragmática sempre estiveram presentes nas centenas de entrevistas, eventos , conferências, publicações a enfrentarem o tema do "descalabro no funcionamento dos tribunais superiores" causado pela "irracionalidade" de se ter que aguardar a última palavra de tribunais superiores em matéria já amplamente debatida e consolidada pela jurisprudência. Nesta sintonia, muito do estrangulamento dos tribunais superiores foi creditado à inexistência de um mecanismo processual eficiente que evitasse ocupar estas cortes no reexame daquilo que elas mesmas já haviam firmando convencimentos em julgados anteriores de forma reiterada. Assim é que a súmula vinculante ingressou no âmbito da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida durante sua tramitação no Congresso Nacional pela "Reforma do Poder Judiciário".

A súmula vinculante foi incorporada pelo art. 103-A, com a seguinte redação (e a transcrição, com os destaques de minha responsabilidade, é importante para a idéia que desenvolverei):

> "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, **de ofício ou por provocação**, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em reação 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".

A vinculação, portanto, de um julgado do Supremo Tribunal Federal nas condições acima previstas atinge, como não poderia deixar de ser, a todos, e aqui

começa o maior problema de teoria da democracia que se pode extrair a partir da objetividade da Constituição da República.

O inciso II do 5º da Constituição consolida uma das unânimes conquistas do constitucionalismo liberal democrático, qual seja, o princípio da legalidade que consiste na determinação de que de ninguém será exigida conduta não prevista em lei. Referido princípio é antecedido somente pelo elemento fundante do conteúdo da democracia na modernidade: a igualdade de todos perante a lei, com ênfase à inequívoca condição de igualdade entre homem e mulher. Esta ordem de princípios constitucionais não me parece aleatória, porém como produto da "razão da história". Os outros princípios constitucionais a precederem àquele da legalidade ratificam-no. É que a objetiva definição constitucional de que o estado brasileiro é uma república democrática não deixa espaço para incertezas: somente se pode pensar uma república democrática numa ambiência de igualdade e legalidade democráticas.

Ora, se "**ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**", como se exigir que alguém faça ou deixe de fazer uma coisa em virtude de uma decisão vinculante do Supremo tribunal Federal, uma vez que uma decisão do STF não é lei? Eis o problema!

A elaboração das espécies normativas está expressamente previstas na Constituição, acarretando a inobservância destas normas relativas ao processo legislativo a inconstitucionalidade dos atos normativos assim emanados, como é do conhecimento elementar de todos. O que a súmula vinculante – e também o efeito vinculante – provocam não é uma mera questão semântica; é uma concreta pergunta de teoria constitucional democrática cuja resposta poderá comprometer um dos mais vigorosos princípios de todo o constitucionalismo mundial e não somente o brasileiro.

Na medida em que efeito e súmula vinculante se estendem a todos os órgãos do Poder Judiciário a todas as esferas da pública administração brasileira, tem-se que muitos brasileiros farão e deixarão de fazer coisas não em virtude de lei, mas em virtude de decisão judicial.

Este debate carece ainda de outros esclarecimentos. A legalidade não foi eleita como um dos pilares do moderno constitucionalismo democrático mundial em virtude de uma articulação normativista do direito constitucional ou da dogmática jurídica. Também e secundariamente por estas razões! Não há como se romper, entretanto, o encadeamento da idéia de que a supremacia da legalidade, como princípio fundante de uma democracia constitucional, tem sua origem no papel do poder legislativo, representante primeiro da soberania popular; soberania popular igualmente alçada à qualidade de base legitimadora da democracia brasileira atual. E não há novidade alguma na evolução desta idéia. Aqui as palavras de Norberto Bobbio não poderiam ser mais oportunas:

> "Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, **o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes**: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva"[3]

[3]Bobbio, Norberto: Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant, Ed. Mandarim, SP, 2000, p. 227.

Neste pensamento, Bobbio é apenas herdeiro do melhor da tradição do conceito de democracia do Iluminismo, corporificada nos pensamentos de Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseu. Para o primeiro:

> "**Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (*trias política*): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo**; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz (...)"[4].

E, finalmente, para o genebrino:

> "O poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessar suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo"[5]

O que se obriga a concluir que uma relativização do princípio da legalidade – "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" – traduzirá uma relativização de um outro princípio constitucional: o da soberania popular, o que compromete irremediavelmente a natureza democrática da Constituição da República de 1988.

Pode-se ainda argumentar contrariamente que este obstáculo – de relativização do sentido do termo "lei" - envolve a definição do sentido de lei, passível de se extrair do texto constitucional. E na tarefa desta definição tem sido o Supremo Tribunal Federal controverso.

Nos mandados de segurança que se apreciaram durante o processo e julgamento por crime de responsabilidade do então Presidente Collor de Mello, o sentido do termo lei constante do inciso XXXV do art. 5° - "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" – restou impreciso.

Mesmo antes do processo e julgamento que recaiu sobre o ex-Presidente Collor de Melo, no mandado de segurança (MS) n° 20.941-DF, o Supremo Tribunal Federal debateu-se com a questão preliminar de sua competência para conhecer ou não do pedido. Preliminar levantada pelo Min. Paulo Brossard, acompanhada nesta ação pelo Min. Sepúlveda Pertence, foi a de que o mandado de segurança analisado era questão política, impossível de conhecimento e julgamento pelo Poder Judiciário. Sustentou sua visão o Min. Paulo Brossard no inciso XXXV do

---

[4]Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Sonderausgabe 1983, Bd. 7, Darmstadt, 1983, pp. 431/342. No original: „*Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d.i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschende Gewalt (Souveränität), in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt, in der des Regiers (zu Folge dem Gesetz), und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz), in der Person des Richters (potestas legislatoria, rectoria ej iudiciaria), gleich den drei Sätzen in einem praktischen Vernunftsschluß: dem Oberstaz, der das Gesetz jenes Willens, dem Untersatz, der das Gebot des Verfahrens nach dem Gesetza, d.i. das Prinzip der Subsumtion unter deselben, und den Schlußstz, der den Rechtspruch (die Sentenz) enthält, was im vorkommenden Falle Rechtens ist*". A tradução é de minha responsabilidade.

[5]Rousseau, Jean-Jacques: Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político, trad.: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima, Hemus, São Paulo, 1981, p. 96.

art. 5° da Constituição: para ele, a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; a lei não pode fazê-lo. A Constituição pode, e assim fez quando entregou ao Poder Legislativo - Câmara dos Deputados e Senado Federal – o processo e julgamento por crime de responsabilidade do Presidente da República.

Idêntica preliminar esteve presente nos MS nº 21.564-DF e nº 21.689-DF[6] que se deram durante o processo contra o ex-Presidente Collor de Mello. E foram resolvidas da mesma forma: Min. Paulo Brossard levantava a preliminar, que era rejeitada – rejeição que agora contou com a mudança de orientação jurisprudencial do Min. Sepúlveda Pertence – sem que, porém, o STF fixasse um entendimento sobre o significado do termo "lei" neste dispositivo constitucional.

O que parece lícito é a compreensão de que, para o STF, o termo "lei" do art. 5°, XXXV tenha um significado amplo, a incluir o próprio texto constitucional. Em assim sendo, o problema subsiste. Agora com a jurisprudência conhecida e consolidada do próprio STF sobre o sentido do termo "lei" no inciso XXXVI do art. 5° da Constituição: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Com o julgamento da ADI nº 3.105[7], o STF tornou perfeitamente possível a conclusão de que o termo "lei" neste caso tem um significado menos amplo: emenda constitucional – que não é lei – pode vir a alterar situações já consolidadas, como bem definem Gilmar Mendes *et alli*:

> "Também aqui considerou-se a não-configuração de direito adquirido a um dado estatuto jurídico. A não-incidência inicial da contribuição sobre os proventos dos inativos não assegurava aos aposentados imunidade em relação à tributação, e o fato de não se ter estabelecido a tributação até então não legitimava , do ponto de vista do direito adquirido, a preservação indefinida desse *status*"[8].

III.

O desafio permanece: é legítima a consideração do elemento governabilidade, especialmente quando se tem em mente a impossibilidade de se ter, no nível máximo, governabilidade e democracia? Se se trata de uma "escolha de Sofia", esta haverá de ser encarada com maturidade e realismo, a exigir do direito constitucional todos os recursos que ele pode oferecer ao processo civilizatório compatível com o acúmulo histórico, no caso, da experiência constitucional brasileira.

Parece fora de questão que os instrumentos de controle concentrado da constitucionalidade no Brasil estavam sempre a reclamar instrumentos mais

---

[6]O inteiro teor dos mandados de segurança aqui indicados, contendo todos os votos de todos os Ministros do STF estão em: Supremo Tribunal Federal: Impeachment, Imprensa Nacional, Brasília, 1996.

[7]Proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – contra a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[8]Ferreira Mendes, Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: Curso de Direito Constitucional, Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2007, p. 459.

eficazes para a imediata manutenção da autoridade competente para exercer este controle. Uma vez que a escolha política do constituinte nacional se deu pela existência do Supremo Tribunal Federal, nada mais racional do que lhe garantir a autoridade de suas decisões pelos demais órgãos do Poder Judiciário, no mínimo. Afinal, não seria desejável que se pudesse afirmar sobre o Brasil aquilo que Hegel, de forma tão incisiva, asseverou a respeito da Alemanha no início do século XIX: "A Alemanha não é mais um Estado"[9]. E não era a Alemanha mais um estado pelo fato de inexistir a autoridade do estado sobre poder econômico e político privados e, da mesma forma, por não se constatar eficiência alguma da justiça na garantia do cumprimento da lei.

Como a constituição dirigente brasileira não se fecha ao futuro e é sobretudo resultado do conflito de interesses sempre inerente ao pluralismo cultural, étnico e político do País, os caminhos que podem conduzir a conciliação entre governabilidade- neste pequeno texto centrada na problemática do efeito/súmula vinculante – e a garantia da democracia - representada neste momento pela prevalência da soberania popular – advirão da força concreta da Constituição, e da aplicação realista do direito constitucional. Neste panorama, com certeza a realização de consulta referendárias para emendas constitucionais aprovadas pelo parlamento brasileiro e cuja incompatibilidade com as determinações da própria Constituição fosse discutível, exigiria muito da democracia brasileira. Por outro lado, porém, não faria com que a responsabilidade da aplicação de tais emendas recaísse somente sobre os ombros do Supremo Tribunal: aqui o povo seria seu próprio juiz, senhor de si próprio e de sua constituição, esvaziando muito da crítica que se mantém ainda acesa contra a legitimidade democrática da jurisdição constitucional: "aquele que detém a autoridade absoluta de interpretar qualquer lei escrita ou falada; este é, em todo caso, o verdadeiro legislador, e não aquela pessoa que escreveu ou falou tais leis"[10].

---

[9]Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Die Verfassung Deutschlands, *in*: G. W. F. Hegel: Frühre Schriften, Werk 1, Suhrkamp Tachenbuch, Frankfurt/M., erste Auflage, 1986, p. 461. No original: „*Deutschland ist kein Staat mehr*".

[10]Bispo Benjamin Hoadly, em sermão perante o Rei George I da Inglaterra. *In*: Whittington, Keith E.: Political Foundations of Judicial Supremacy, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2007, p. VII. No original: "*Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken law, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not that person who first wrote or spoke them*".

Autodeterminação individual e transplantes de órgãos – entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais

Eduardo Rocha Dias,
Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal;
Professor da Universidade de Fortaleza, CE, Brasil;
Procurador Federal, Brasil.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito ao desenvolvimento da personalidade como liberdade de autodeterminação bioética; 1.1. O direito ao desenvolvimento da personalidade como direito fundamental; 1.2. Os direitos de personalidade no novo Código Civil Brasileiro; 1.3. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações. 2. O tratamento da liberdade de autodeterminação na Lei n.º 9.434/1997; 2.1 Órgãos e tecidos extraídos de pessoa viva; 2.2. Órgãos e tecidos extraídos de cadáver; 2.3. A violação ao princípio da proporcionalidade. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Na presente homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, elegeu-se como tema o exame das normas jurídicas que tratam, no Brasil, dos transplantes de órgãos, em especial as relacionadas com a manifestação da vontade do doador. Objetiva-se examinar como a liberdade individual, que se manifesta no assentimento à extração de órgãos e tecidos, em vida ou após a morte, para fins de transplantes, é tutelada sob a perspectiva dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade. Se é certo que as duas abordagens não são excludentes, mas, ao contrário, estão interligadas, cumpre deixar claro que os planos dos direitos fundamentais e do direito privado, no qual se inserem os direitos de personalidade, não se confundem, sob pena de sério risco de desconsideração da autonomia individual e da esfera privada.

Mais especificamente, será examinada a legitimidade constitucional do critério adotado pela legislação brasileira para a doação de órgãos e tecidos extraídos de pessoa falecida, que desde o advento da Lei 10.211, de 23 de março de 2001, que alterou a Lei 9.434/1997, passou a ser o da autorização familiar, não mais se atribuindo relevância às manifestações que a pessoa, em vida, tenha efetuado nesse sentido[1]. No entanto, posteriormente à alteração operada pela Lei 10.211/2001, entrou em vigor o Código Civil de 2002, cujo artigo 14 atribui validade aos atos de disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivos científicos ou altruísticos. Como resolver eventual conflito entre o que a própria pessoa decidiu, em vida, a respeito do assunto e a posição dos familiares, adotada após a morte[2]? Eis um dos problemas que se

---

[1] A Lei 10.211/2001 alterou a redação do artigo 4º da Lei 9.434/1997, que disciplina os transplantes de órgãos e tecidos no Brasil, passando a prever que a "retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte".

[2] Conflito que há de ser resolvido, conforme será explicitado, não com a alegação de ser a Lei 9.434/1997 especial em relação ao Código Civil, mas sim à luz do direito geral de personalidade como direito fundamental, e sua harmonização com os direitos e interesses dos familiares. Nesse sentido, o Enunciado 277, aprovado por ocasião da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, fixou o entendimento de que o "artigo 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares". O Enunciado 277 concluiu que a aplicação do artigo 4º da Lei 9.434/1997 "ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador". Trata-se de interpretação adequada e que pode ser defendida, já que faz prevalecer a liberdade de escolha da pessoa, conciliando o Código Civil e a Lei de Transplantes. No entanto, é de se preferir

pretende examinar.

Ressalte-se que o tema dos transplantes de órgãos, ao lado das experimentações em seres humanos, constitui o "motor" da moderna reflexão e configuração do denominado "Biodireito"[3]. Este compreende o conjunto de normas de diferentes ramos do Direito que enquadram questões bioéticas[4]. Paulo Otero[5] critica essa denominação, preferindo adotar a expressão "Direito da Vida", por ele definida como o conjunto de regras e princípios, de nível constitucional, relacionados com a intervenção problemática da técnica e da ciência nos momentos de início, desenvolvimento, manutenção e fim da vida humana. O autor rejeita a expressão "Biodireito", em primeiro lugar, por estar alicerçada sobre a ética da vida, enquanto a denominação por ele proposta se estrutura sobre a vida humana como instituição; em segundo lugar, por poder abranger, o "Biodireito", setores outros do ordenamento jurídico não relacionados diretamente com os momentos críticos do início, manutenção e termo da vida humana, ao contrário do "Direito da Vida", que sobre eles incide diretamente. Trata-se, por óbvio, de uma questão terminológica que não é decisiva para os fins do presente estudo, uma vez que o tema dos transplantes, segundo a distinção efetuada pelo mencionado autor, pode muito bem ser considerado como integrante tanto do Direito da Vida como do chamado Biodireito. É forçoso, ainda, reconhecer que é prematuro considerar o "Biodireito" ou o "Direito da Vida" como disciplinas autônomas do saber jurídico, o que, sem desmerecer a necessidade e a utilidade do enfoque que pretendem efetuar, justifica a circunstância de não se empregar tais expressões neste estudo. Os problemas que se pretende examinar, portanto, serão tratados no quadro dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, já mais bem configurados e definidos doutrinariamente.

A necessidade de intervenção do legislador, tanto por meio de normas de direito privado, como pela concretização de normas de direitos fundamentais, em matérias relacionadas com a Biomedicina, como os transplantes de órgãos, impõe-se em razão: a) da insuficiência da auto-regulação por organismos profissionais ou por comitês de ética, que, por carecerem de eficácia vinculante, podem vir a proteger escassamente os bens jurídicos envolvidos; b) da incidência dos direitos fundamentais e, especificamente, do reconhecimento da dignidade da pessoa, a instituir deveres de proteção a cargo dos Poderes Públicos, e a afastar a incidência das puras leis do mercado e a aplicação da pura lógica da pesquisa científica na disciplina de tais matérias[6].

A intervenção do legislador democraticamente eleito, porém, nem sempre é tarefa simples, em virtude: a) da dependência que ele tem em face dos saberes técnicos específicos, que tendem a evoluir de forma cada vez mais rápida, favorecendo uma linguagem aberta e ampla e, muitas vezes, ambígua; b) do caráter plural das sociedades contemporâneas, que favorece certo relativismo axiológico e dificulta a obtenção de consenso, razão pela qual, muitas vezes, a disciplina normativa em matéria bioética consagra nítidas soluções de compromisso.

Cumpre examinar, portanto, como o legislador brasileiro disciplinou a tutela da liberdade de autodeterminação, no tocante aos transplantes de órgãos, como faculdade de definir o destino a ser dado às partes destacadas do corpo, em vida e após a morte. Em primeiro lugar, a mencionada

---

uma alteração normativa que venha a explicitar tal entendimento, evitando-se insegurança jurídica, já que muitos profissionais da saúde e operadores jurídicos podem continuar a aplicar o artigo 4º da Lei 9.434/1997.

3 Nesse sentido, CASABONA, Carlos María Romeo. **Tendencias legales sobre los tranplantes de órganos**, in *Transplantes de órganos: problemas tecnicos, eticos y legales*. Madri: Universidad Pontificia Comillas, 1996, p. 101-102.

4 LOUREIRO, João Carlos. **Les Principes de la Bioconstitution du Type "État Constitutionnel Européen**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXV, Coimbra, 1999, p. 451-453. O autor alude à expressão bioconstituição, parte do biodireito, como designativa dos princípios e regras, material e formalmente constitucionais, que têm como objeto ações e omissões, do Estado ou de entidades privadas, relacionadas com a tutela da vida, da identidade e da integridade pessoal e das saúde do ser humano, especialmente face às ameaças da técnica e da medicina.

5 OTERO, Paulo. *Direito da Vida – Relatório Sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 27.

6 MATHIEU, Bertrand (**La nécessité de la norme juridique en matière bioétique**, in *Les Lois "Bioétique" à l'épreuve des faits* Paris: PUF, 1999, p. 21 seg).

liberdade será examinada enquanto direito fundamental, já que, em virtude da supremacia da Constituição, o legislador não poderá ignorar as injunções decorrentes da Lei Maior[7]. Em seguida, será considerada a disciplina traçada pelo Código Civil de 2002, que consagrou significativo avanço ao prever a proteção dos direitos da personalidade, especificando a liberdade de dispor sobre o próprio corpo. Por fim, e à luz do que se examinou previamente, serão testadas as soluções adotadas pela Lei 9.434/1997, buscando definir sua constitucionalidade e apontar alternativas que possam conduzir a um tratamento mais adequado, sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, também examinando, em uma perspectiva comparada, como o tema foi disciplinado pela legislação de outros países, como Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Argentina.

1. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE COMO LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO BIOÉTICA

1.1. O direito ao desenvolvimento da personalidade como direito fundamental

Encontra-se na gênese histórica da afirmação dos direitos fundamentais a preocupação em tutelar a liberdade, face a ameaças oriundas do Estado. Muito embora essa abordagem inicial tenha sido posteriormente enriquecida, já que os direitos fundamentais, na atualidade, cumprem outras funções[8], a par da clássica função de defesa, não se pode negar a importância da tutela da esfera individual, manifestação direta da dignidade da pessoa, que se exprime na faculdade de definir os rumos da própria existência.

Nessa perspectiva, há de se ressaltar que os direitos fundamentais não se confundem com a liberdade. A liberdade é um bem jurídico, objeto de tutela por meio da afirmação de direitos fundamentais. Mas, conforme será visto, a liberdade pode também ser objeto de proteção por meio de outra perspectiva, oriunda do Direito Civil, materializada no reconhecimento dos direitos de personalidade.

Encontram-se nas constituições referências a liberdades específicas, como a liberdade de expressão, de consciência e de crença, de locomoção, dentre outras. Mas há também, em algumas leis fundamentais, a referência a um direito geral à liberdade de ação, ou um direito geral de liberdade ou, ainda, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade[9].

O direito ao desenvolvimento da personalidade não encontra formulação expressa na Constituição Federal brasileira de 1988, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos jurídicos, como o alemão[10] e o espanhol[11]. No caso de Portugal, somente a partir da Revisão de 1997 é que houve sua consagração explícita[12]. Antes mesmo de tal Revisão, porém, o Tribunal

---

7 A Constituição Federal de 1988 é uma das poucas cartas constitucionais que trazem disposições específicas acerca dos transplantes de órgãos. Encontra-se no parágrafo 4º do seu artigo 199 a previsão de que o legislador disporá sobre condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplante, vedado todo tipo de comercialização. A Lei Fundamental de Bonn, em seu artigo 74, parágrafo 1º, nº-26, determina ser matéria de competência concorrente entre a Federação e os Estados a disciplina dos transplantes de órgãos e tecidos.

8 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direitos Fundamentais e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 405 seg. Além da clássica função de defesa, exercem os direitos fundamentais uma função de prestação social, assegurando ao indivíduo obter algo por meio do Estado. Cumprem, também, o papel de defender o indivíduo perante terceiros, estabelecendo deveres para o Estado. Os direitos fundamentais, por fim, obrigam o Estado a tratar igualmente os cidadãos, proibindo discriminações injustificadas.

9 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 331 seg.

10 Artigo 2º, nº 1, da Lei Fundamental: "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não vulnerem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral".

11 Artigo 10º, nº 1, da Constituição Espanhola: "A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social".

12 A qual alterou a redação do artigo 26, nº 1, da Constituição da República Portuguesa para: "A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção

Constitucional português, no acórdão nº 6/84, de 18 janeiro[13], considerou o direito ao desenvolvimento da personalidade uma conseqüência do princípio da dignidade da pessoa. Por meio de outro acórdão, de nº 288/98, de 17 de abril[14], o mesmo Tribunal pronunciou-se sobre o conteúdo de tal direito como incluindo "a autonomia individual e a autodeterminação" e a liberdade de cada um "traçar o seu próprio plano de vida". Ora, na ordem jurídico-constitucional brasileira, impõe-se considerar: a) em primeiro lugar, a possibilidade e o fundamento de um "direito geral de personalidade"; b) em seguida, admitindo-se sua existência, qual é o seu conteúdo.

Quanto ao primeiro ponto, impõe-se reconhecer a existência de outros direitos fundamentais além dos expressos no Texto Constitucional brasileiro de 1988, o que decorre do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna e expressa a textura aberta do sistema de direitos fundamentais traçado pela Lei Maior[15]. O direito geral de personalidade mostra-se uma decorrência do regime e dos princípios adotados pela Constituição, plasmados no reconhecimento: a) da dignidade do ser humano como um dos fundamentos da República (artigo 1°, inciso III, da Lei Maior); b) da liberdade, como um dos direitos fundamentais, a compreender, como corolários, a liberdade de consciência e de crença, além de outras liberdades (artigo 5°, *caput* e inciso VI, da Constituição). O direito ao desenvolvimento da personalidade seria, portanto, uma liberdade dotada de maior generalidade ante as liberdades específicas expressamente referidas pela Carta Magna[16]. Funda-se no reconhecimento da pessoa como razão de ser do direito, o que afasta sua instrumentalização a serviço de alguma ideologia, valor, visão do mundo ou da pessoa. A personalidade, nesta perspectiva, relaciona-se com o caráter dinâmico do ser humano globalmente considerado, ao qual se deve reconhecer a faculdade de auto-desenvolvimento e realização. A personalidade constitui um *prius* em relação ao direito, devendo este reconhecê-la por exigências lógicas e axiológicas. Tem como características sua inadiabilidade, sua inexpropriabilidade, sua indisponibilidade e sua ilimitabilidade[17].

Como um direito de liberdade, decorrente da dignidade da pessoa, o direito ao desenvolvimento da personalidade apresenta duas dimensões: a primeira, como liberdade geral de ação, em que se protege a livre decisão de agir ou de se omitir; a segunda como um direito à tutela das diferentes dimensões da personalidade contra agressões por terceiros[18].

---

legal contra quaisquer formas de discriminação".

13 Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), nº 340, novembro de 1984, p. 179). Na doutrina, também se defendia o caráter de direito fundamental, materialmente constitucional, do direito geral de personalidade, com fundamento no artigo 16, nº 1, da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral de Personalidade.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 619-622).

14 Diário da República de 18 de abril de 1998, I-A, p. 1.714 (21) e 1.714 (24).

15 A "norma de *fattispecie* aberta" ou a "cláusula aberta" (CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2002, p. 401-402) presente no nº 1 do artigo 16 da Constituição da República Portuguesa e no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, e que se refere à inclusão entre os direitos fundamentais daqueles decorrentes das leis e do direito internacional, no caso português, e do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais, no caso brasileiro, introduz o problema de definir quais são os direitos com dignidade suficiente para merecerem tal qualificação. Ora, somente os direitos cuja importância e objeto sejam equiparáveis aos direitos fundamentais formalmente constitucionais devem a eles ser aproximados. Nesse sentido, JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 2000, p. 167-168).

16 A identificação de um direito fundamental não escrito depende de sua substancial equivalência com relação a direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional, como forma de evitar a vulgarização da categoria dos direitos fundamentais. Tal equivalência abrange tanto o conteúdo como a importância do direito em um determinado ordenamento e em um dado momento histórico. Como justificativa para o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro é possível também invocar-se a circunstância de se tratar de uma ampliação do âmbito do direito à liberdade, previsto expressamente no caput do artigo 5º da Constituição de 1988, ampliação que se harmoniza com a sistemática adotada pela referida Carta, como entende INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 141-142).

17 PINTO, Paulo Mota, **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, in *Portugal-Brasil Ano 2000.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 165-166.

18 ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 333-334; PAULO MOTA PINTO, **O Direito ao Livre**

Quanto ao conteúdo de mencionado direito, destaquem-se duas posições[19]: a) uma concepção ampla, que abrange todas as formas de conduta humana, incluindo as que se revestem de reduzida importância para a formação e a expressão da personalidade; b) uma concepção restrita, em que o conteúdo de tal direito somente abrangeria aquelas condutas essenciais para a personalidade, os "âmbitos de vida especialmente importantes ou postos em perigo, que afiançam mais do que o direito de fazer aquilo que não está proibido"[20].

Sem prejuízo da posição mais ampla ou mais restrita que se adote quanto ao direito geral de personalidade, é inegável que a liberdade de dispor do próprio corpo, em vida ou após a morte, inclusive para fins de transplantação, bem como a de consentir ou não a realização de um transplante, nele está inserida. Compreende uma decisão individual acerca de questões fundamentais, relativas à vida e à morte, que se relaciona intimamente com a dignidade da pessoa e que deve ser respeitada mesmo após o óbito. Tal decisão pode ser motivada por fundamentos religiosos ou filosóficos (o que implicaria considerá-la no âmbito da liberdade de crença e de consciência) mas pode também ser decorrente de juízos éticos de outra natureza e do exercício da autodeterminação individual, a qual pode ser até mesmo imotivada e arbitrária. Daí porque se pode fazer referência à liberdade de autodeterminação bioética como reflexo da autodeterminação ético-existencial que se relaciona com o direito ao desenvolvimento da personalidade, independentemente de qualquer motivação religiosa ou filosófica.

1.2. Os direitos de personalidade no novo Código Civil Brasileiro

O novo Código Civil Brasileiro[21], que entrou em vigor em janeiro de 2003, instituiu um capítulo referente aos direitos de personalidade, no qual se inclui expressamente: a) a previsão da licitude dos atos de disposição do próprio corpo em vida para fins de transplantações, nos termos de lei específica (artigo 13); b) a liberdade de disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, desde que tenha objetivo científico ou altruístico (artigo 14); c) o direito de não ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (artigo 15). As duas últimas disposições também compreendem os transplantes, respectivamente na perspectiva do doador e do receptor de órgãos.

Não foram enumerados os direitos de personalidade, o que, sem dúvida, mostra-se correto, ante a impossibilidade de limitar as múltiplas manifestações da personalidade[22]. Na ordem jurídica portuguesa, a propósito, a maior parte da doutrina tende a afirmar, com fundamento no artigo 70, nº 1, do Código Civil daquele país, a consagração de um direito geral de personalidade, ao lado de direitos especiais de personalidade, com o que se busca tutelar suas diferentes facetas[23].

Desenvolvimento da Personalidade, p. 163-164.

19 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um caso de "Constitucionalização" do Direito Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 79 seg; PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, p. 167-171. Para este último autor, o direito geral de personalidade constitui uma liberdade geral de ação, defendendo uma concepção ampla para ele no tocante à ordem jurídica portuguesa, que também é a que predomina na jurisprudência e na doutrina alemãs. Entende que qualquer restrição valorativa de seu âmbito de proteção, além de suscitar problemas insolúveis de delimitação, conduziria a uma perda do espaço de liberdade para o cidadão, bem como que os riscos de "banalização" também existem no tocante aos direitos especiais de liberdade. Tal entendimento parece ser o mais correto, diante da ilimitabilidade da personalidade humana e da sua vinculação à dignidade da pessoa, à qual repugna qualquer tentativa de procurar definir aprioristicamente os seus contornos, instaurando uma visão do homem restritiva. É claro, porém, que o direito geral de personalidade não é absoluto, coexistindo com outros bens e valores constitucionais com os quais deve ser coordenado, cabendo ao legislador e ao judiciário procederem à harmonização e à concordância prática entre eles.

20 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 328.

21 Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no DOU de 11 de janeiro de 2002.

22 Nesse sentido, JOSAPHAT MARINHO (**Os Direitos de Personalidade no Projeto de Novo Código Civil Brasileiro**, in *Portugal-Brasil Ano 2000.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 255).

23 PINTO, Paulo Mota, **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, p. 171 seg.

Os direitos de personalidade, a propósito, são tradicionalmente regulados pelo direito privado, identificados com os "direitos essenciais", sem os quais a pessoa não existiria como tal e os demais direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, constituindo a "medula da personalidade", o seu conteúdo essencial e imprescindível[24]. Têm por objeto modos de ser físicos e morais da pessoa[25]. Eles não se confundem com os direitos fundamentais, dado que estes pressupõem relações de poder, tendo se afirmado historicamente ao longo da luta pela limitação do arbítrio estatal. Os direitos fundamentais incidem em relações de direito público, muito embora também tenham (alguma) eficácia perante particulares, ao passo que os direitos de personalidade incidem em relações de direito privado, em que tende a haver igualdade. Os direitos fundamentais situam-se na província do Direito Constitucional, ao passo que os direitos de personalidade são estudados no âmbito do Direito Civil[26].

A disponibilidade do próprio corpo em vida e após a morte e o estatuto jurídico do cadáver e das partes destacadas do corpo são assuntos tradicionalmente tratados pelo direito privado, na perspectiva dos direitos de personalidade, considerando, dentre outros aspectos, a definição da validade das manifestações negociais referentes ao cadáver e às partes do corpo, bem como das disposições de última vontade referentes ao destino a ser dado ao cadáver, inclusive para fins de transplantes[27].

Também a questão do grau de autodeterminação sobre o próprio corpo, relativamente ao consentimento para cirurgias e tratamentos, e a definição de seus limites, como proibições legais, os bons costumes e a ordem pública, e a sua consideração como causa de justificação que autoriza as intervenções médicas, constituem temas de direito civil e penal[28].

1.3. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, por outro lado, não pode significar a substituição do direito privado pelo público. Até porque a própria autonomia privada constitui um valor e um direito fundamental a ser tutelado. É defensável a aplicação direta dos direitos fundamentais nas hipóteses em que há desigualdade na relação (como é o caso das relações entre empregados e patrões), variando a intensidade da vinculação proporcionalmente ao grau de desigualdade[29], ou quando há previsão expressa nessa sentido[30]. O direito privado, porém, é que deve reger a relação em primeira linha, cabendo aos direitos de personalidade concretizar a proteção decorrente da Constituição, dado o caráter "irradiante" dos direitos fundamentais para toda a ordem jurídica[31]. Somente no caso de lacuna, de inconstitucionalidade do direito ordinário e de lesão a aspectos fundamentais da personalidade, relacionados com a dignidade da pessoa, é que caberá sua aplicação direta.

Sob outra perspectiva, é possível afirmar que o cumprimento, pelo Estado, de deveres de proteção, no sentido de instituir normas e atuar faticamente no sentido de proteger direitos

---

[24] DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade.* Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 17-18.

[25] DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade,* p. 22-23.

[26] MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 62; CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, p. 581-586.

[27] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, p. 188-198, 211-228 e 364-367; GOMES, Orlando, **Direitos de Personalidade**, in *Revista Forense*, Vol. 216, ano 62, Rio de Janeiro, 1966, p. 8-10.

[28] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, p. 218-228; DE CUPIS, Adriano, *Os Direitos da Personalidade*, p. 77 seg.

[29] PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, p. 238.

[30] Como ocorre, na Lei Fundamental de Bonn, no seu artigo 9º, nº 3, 2ª frase: "Se garante a todos e a todas as profissões o direito de constituir associações para a preservação e a melhora das condições laborais e econômicas. Serão nulos quaisquer pactos que restrinjam este direito ou tratem de obstaculizar-lo e ilícitas todas as medidas que proponha dito fim".

[31] Nesse sentido, CLAUS-WILHELM CANARIS (*Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-55), que defende a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros, salvo exceções como a mencionada na nota anterior.

fundamentais de particulares face a ameaças oriundas de outros particulares, constitui uma abordagem mais adequada do problema relacionado ao controle dos poderes privados e do abuso da autonomia individual. Com efeito, sem incidir em problemas que a tese que defende a vigência, de forma direta, dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas traz, a teoria dos deveres de proteção pode chegar a resultados mais satisfatórios[32]. Não se vai aqui aprofundar o tema da eficácia (ou vigência) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares[33]. Mas apenas ressaltar que a defesa da aplicação direta e imediata de normas de direitos fundamentais nas relações privadas, fora de situações de lesão flagrante ao princípio da dignidade da pessoa e de inconstitucionalidade ou inexistência de norma infra-constitucional que concretize um imperativo de proteção, ignora que do outro lado da relação se encontra um particular, também detentor de direitos fundamentais.

Ora, afirmar que os direitos fundamentais podem ser aplicados, de forma ordinária, face a outros particulares, enfraquece a função de defesa de referidas posições jurídicas, o que não ocorre quando se afirma que a sua aptidão natural é defender o indivíduo contra o Estado, já que este não pode invocar direitos fundamentais em seu favor. Por outro lado, a tese da aplicabilidade direta não prescinde da mediação estatal, já que, em última análise, quem vai reconhecer a incidência de um direito fundamental na relação será um órgão do Poder Judiciário. Também o próprio esquema da separação de poderes poderá ser atingido, já que a defesa de um ativismo judicial extremado em matéria de reconhecimento de direitos fundamentais nas relações privadas pode vir a desequilibrar o mencionado princípio, uma vez que incumbe por excelência ao legislador democraticamente eleito a instituição de mecanismos normativos e fáticos de defesa de direitos fundamentais de um particular face a outro. É certo que tal risco sempre estará presente quando se trata do controle jurisdicional da atuação e da omissão dos poderes públicos. Mas no caso de uma intervenção estatal, no intuito de concretizar um dever de proteção de um particular frente a outro, será mais fácil reconhecer e defender posições jurídicas dos particulares. Lembre-se, ainda, o risco para a esfera da liberdade individual que a incidência rotineira e inflacionária dos direitos fundamentais traria, funcionalizando toda a existência e a dignidade humanas, e privando o indivíduo de uma zona de liberdade e mesmo de arbitrariedade legítima que decorre daquela dignidade. Em outras palavras, haveria a inversão da máxima segundo a qual "o que não está proibido é permitido". Não que o Estado não deva intervir, em primeiro lugar, por meio do legislador, e em segundo lugar, por meio do Judiciário, na tutela do indivíduo, por exemplo, contra discriminações ilegítimas e injustificáveis e violações ao princípio da igualdade, bem como contra abusos de particulares poderosos. Mas deve fazê-lo precipuamente por meio do cumprimento de deveres de proteção – que se manifestam, por exemplo, na edição de leis contra discriminações no mercado de trabalho, de proteção do consumidor e de outros hipossuficientes.

Muito embora afirme-se necessária uma "constitucionalização" do Direito Civil, pela submissão deste último, por razões lógicas e axiológicas, aos valores supremos traçados pela Constituição, tal não significa uma dissolução ou uma indiferenciação entre as duas perspectivas. Pode haver uma sobreposição ou uma subposição entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, havendo uma tendência à sua aproximação. Alguns direitos fundamentais são também direitos da personalidade (é o caso do direito à vida, à integridade pessoal e à intimidade). Ou melhor, o bem jurídico protegido é o mesmo. Mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade (é o caso do direito de acesso aos tribunais e dos direitos dos administrados) e há manifestações não-essenciais ou periféricas dos direitos de personalidade que não correspondem a

---

[32] Sobre o assunto, examinar NOVAIS, Jorge Reis (**Os Direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares**, in *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69 seg).

[33] Dentre outros autores, mencionem-se JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS (*Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*: la noción de State action en la Jurisprudencia norteamericana. Madri: Mcgraw-Hill, 1997), JANE REIS GONÇALVES PEREIRA (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431 e seg.), WILSON STEINMETZ (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004) e a obra coletiva *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, organizada por INGO WOLFGANG SARLET (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003).

direitos fundamentais[34]. Mesmo reconhecendo que os direitos de personalidade podem ser objeto de um tratamento dogmático específico sob a perspectiva civilista, é possível abordá-los a partir da Teoria da Constituição e sob a óptica dos direitos fundamentais[35]. Esta óptica, aliás, incorpora e supera, hegelianamente, a perspectiva civilista. Diante da supremacia da Constituição, as normas ordinárias de direito privado devem com ela ser compatíveis. Não se discute, portanto, a circunstância de o direito civil disciplinar não apenas a aquisição da personalidade, mas também direitos a ela relacionados. O que se pretende afirmar é a submissão de tal disciplina efetuada pelo Código Civil à Constituição[36], o que impõe reconhecer a existência de um direito geral de personalidade como direito fundamental. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aliás, encontram-se referências expressas à proteção constitucional dos direitos de personalidade, por meio de suas manifestações, como o direito à intimidade[37].

O reconhecimento do direito geral de personalidade, como direito fundamental, serve de base para ampliar a proteção do indivíduo, assegurada inicialmente pelo direito civil. Este, inicialmente, se caracterizou por uma tendência de regular, de forma global, toda a vida em sociedade. Pense-se no projeto subjacente às grandes codificações, a tratarem, com a pretensão de não deixar espaço para lacunas, de todas os aspectos da vida da pessoa, então compreendida como o cidadão-burguês e o proprietário. À não aceitação de lacunas no direito – conforme postulado pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos - na perspectiva teórica, do qual são corolários a limitação da criatividade judicial e a técnica da subsunção como modo de aplicação do Direito, corresponde, sob a perspectiva da visão de mundo dominante, a negação da complexidade e do pluralismo social. Ademais, o direito privado deu maior ênfase à defesa da propriedade e do contrato, de certa foma negligenciando a tutela da pessoa, do que decorre a inadequação de seu arcabouço conceitual clássico (por exemplo, a divisão entre pessoas e coisas) para enfrentar os problemas decorrentes dos avanços biotecnológicos e o conseqüente risco de instrumentalização do ser humano. Basta comparar a quantidade de normas contidas no Código Civil consagradas à defesa da propriedade e aos contratos com o número de normas dedicadas à proteção da pessoa[38]. Nessa perspetiva, não deixa de ser um avanço a introdução de um capítulo dedicado aos direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro.

Mas é necessário complementar tal proteção, que decorre do Direito Civil, com a tutela da pessoa e da sua dignidade, com fundamento na Constituição. Com efeito, dada a função de defesa dos direitos fundamentais em face do Estado, deve ser reconhecida ao indivíduo a faculdade de exigir do Poder Público, inclusive do legislador, o respeito à sua liberdade de autodeterminação. Por outro lado, diante do caráter objetivo dos direitos fundamentais, eles estendem sua eficácia para toda a ordem jurídica, inclusive para o direito privado. Fundam também um imperativo de tutela a cargo do Estado, impondo deveres de proteção ao Poder Público. Este deve impedir que terceiros lesem os direitos fundamentais, instaurando-se uma relação triangular em que cabe ao Estado oferecer prestações, inclusive no campo dos direitos de liberdade, como a edição de normas de direito penal e processual, ações administrativas e fáticas[39].

O pluralismo e a complexidade das sociedades contemporâneas, refletidos nos textos constitucionais, leva à necessidade de uma nova metodologia, que supere o positivismo e incorpore a dimensão axiológica que decorre da afirmação de normas que revestem a natureza de princípios.

---

[34] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *O Direito Geral de Personalidade*, p. 584-585.

[35] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 394; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 58-62; CORDEIRO, António Menezes. **Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa**, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, dezembro de 2001, Lisboa, p. 1229-1256.

[36] OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética.* Coimbra: Almedina, 1999, p. 31 seg.

[37] Mandado de segurança 23.669-DF, Relator Min. Celso de Mello (decisão liminar publicada no DJU de 17/04/2000); Recurso Extraordinário 100094/PR, Relator Min. Rafael Mayer, DJU de 24/08/84, p. 13482.

[38] A propósito do tema, examinar Paulo Otero (*Direito da Vida*, p. 25).

[39] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 435 seg; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 407; PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**, p. 187-197.

Daí o reconhecimento do caráter criador da interpretação e da aplicação dos direitos fundamentais, e da vinculação do legislador à Constituição. Ante a natural conflituosidade que decorre de tais posições jurídicas, expressas na maior parte das vezes por meio de fórmulas abertas e carentes de concretização, afirma-se a necessidade de operar ponderações e de buscar a justiça do caso, sem prejuízo de se exigir, em Estados Democráticos de Direito, critérios e procedimentos para afastar os riscos de subjetivismos e decisionismos em tal tarefa de interpretação e concretização.

Como todo direito fundamental, o direito ao desenvolvimento da personalidade não é absoluto. Seus limites podem ser encontrados na ordem constitucional, como a vedação de comercialização de órgãos para fins de transplantação (parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal brasileira de 1988), e compreendem valores como a dignidade da própria pessoa, direitos de terceiros e o interesse da coletividade, admitindo-se também limitações *a posteriori* pelo legislador.

O direito ordinário (administrativo, civil, penal, etc) também impõe limites à disposição do próprio corpo em vida e após a morte, como exigências de polícia mortuária e de investigação criminal, a moral, os bons costumes, além da gratuitidade, e da finalidade científica ou altruística, concretizadas no novo Código Civil brasileiro. Com relação à posição jurídica do receptor, exige-se seu consentimento para a realização de cirurgias e tratamentos, salvo, evidentemente, situações em que tal consentimento não possa ser prestado e a intervenção se mostre necessária para a tutela da vida e da integridade física da pessoa. Relacionado com os limites à liberdade de disposição do corpo em vida encontra-se o problema da limitação da dádiva, em regra, a receptores com parentesco genético com o doador e/ou ao cônjuge ou a companheiro e companheira. Tal providência destina-se a evitar a compra e a venda de órgãos, além de se justificar, no tocante aos parentes, por razões de compatibilidade. Constitui, por outro lado, impedimento à manifestação de um ato de solidariedade do doador em benefício do receptor, mesmo quando este último não é parente daquele.

2. O TRATAMENTO DA LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO NA LEI N.º 9.434/1997

Examinar-se-á neste item a disciplina traçada pela legislação brasileira a respeito da liberdade de autodeterminação, no que diz respeito aos transplantes de órgãos e tecidos. Inicialmente será considerado o caso de doadores vivos e em seguida de pessoas falecidas.

2.1 Órgãos e tecidos extraídos de pessoa viva

O parágrafo único do artigo 13 do novo Código Civil Brasileiro admite os atos de disposição do próprio corpo para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. A Lei 9.434/1997, por sua vez, em seu artigo 9º, considera lícita a disposição, efetuada por pessoa juridicamente capaz, de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, desde que seja gratuita e se destine a fins terapêuticos ou para transplantes.

Podem ser beneficiados o cônjuge e os parentes consangüíneos até o quarto grau. Não se fala em companheiro ou em companheira, mas a proteção dispensada pela Constituição à união estável, em seu artigo 226, e acolhida pelo Código Civil, em seus artigos 1.723 e seguintes, impõe que se estenda a possibilidade de doação também aos conviventes. Na Argentina, o artigo 15 da Lei 24.193/1993 permite expressamente a doação a pessoa que tenha convivido com o doador por pelo menos três anos, prazo que é reduzido para dois se da relação nasceram filhos.

Para a doação a referidas pessoas, exige-se autorização, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificando-se os tecidos, órgãos ou partes do corpo objeto da retirada.

Excepcionalmente, admite-se a doação para qualquer outra pessoa, exigindo-se nesse caso, em regra, a autorização judicial. Possibilita-se, assim, a manifestação de sentimentos genuínos de solidariedade. No caso de o tecido a ser transplantado seja a medula óssea, porém, se dispensa a autorização judicial, em virtude dos reduzidos riscos à vida e à integridade do doador, já que se trata de tecido regenerável.

O parágrafo 3º do artigo 9º da Lei 9.434/1997, a propósito, somente permite a retirada quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, nem cause mutilação ou deformação inaceitável. Não se admite que a liberdade de dispor de partes do corpo implique a morte do doador ou a redução ou comprometimento grave de sua integridade física e de sua saúde, mesmo sob fundamentos religiosos por exemplo. Ainda que um dos ensinamentos católicos mais sublimes predique o sacrifício da própria vida em benefício dos outros, o direito não admite tal possibilidade. Há um direito à vida, não um direito sobre a vida[40]. Cada pessoa tem, em certa medida, um dever para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), o que autoriza, em certos casos, a proteção da pessoa contra si mesma, sobretudo em situações de maior fragilidade e vulnerabilidade, havendo limites para a liberdade individual e para o oferecimento de consentimento, decorrentes da dignidade da pessoa[41]. Por outro lado, a necessidade terapêutica do receptor deve comprovadamente estar presente.

A vontade individual livremente manifestada pode ser revogada a qualquer tempo antes da concretização do transplante, com a implantação do órgão, tecido ou parte do corpo. Caso estes já se tenham incorporado ao receptor, não mais é possível a revogação, uma vez que passam a se sujeitar aos direitos de personalidade deste último. O Decreto 2.268/1997, em seu artigo 15, parágrafo 7º, fixa que a revogação da dádiva somente poderá ocorrer até antes do início do procedimento de retirada do órgão, tecido ou parte do corpo. Normalmente a implantação no receptor se dá logo após a retirada e no mesmo centro cirúrgico. Como o doador se encontra ainda inconsciente e sob efeito de anestesia, não há como revogar seu consentimento. Caso recupere sua consciência, porém, e o órgão, tecido ou parte do corpo ainda não tenha sido implantado, há de se reconhecer a possibilidade de revogação da doação, prevalecendo o direito geral de personalidade do doador face à dicção expressa do referido dispositivo do Decreto 2.268/1997[42].

Em se tratando de doador incapaz, poderá haver a remoção apenas de medula óssea, desde que tenha sido determinada a compatibilidade imunológica com o receptor, haja consentimento de ambos os pais ou dos responsáveis legais e autorização judicial[43]. O ato não deverá oferecer risco para a sua saúde. Evita-se, destarte, que se instrumentalizem menores e incapazes internados em instituições coletivas, como órfãos, por exemplo. O consentimento, nesse caso, também poderá ser revogado até antes da implantação.

Com vistas a tutelar presos de qualquer natureza, não se mostra lícito conceder benefícios (como redução da pena ou abrandamento das condições carcerárias) como recompensa pela doação de órgãos. Além de não assegurar a liberdade do consentimento, ante a situação em que se encontra o preso, tal solução desvirtua ainda a finalidade educativa da pena, já que, pela simples circunstância de haver doado um órgão, não se pode afirmar que o indivíduo foi reeducado e se encontra apto ao convívio social[44].

A liberdade de disposição da gestante também é limitada (parágrafo 7º do artigo 9º da Lei 9.434/1997), com vistas a proteger sua saúde e a do feto. Somente é admitida a doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea. Problema relacionado com tal disposição é o decorrente de gravidez destinada a gerar um filho que possa vir a tornar-se doador de um irmão já nascido acometido, por exemplo, de leucemia. Sem prejuízo de considerações éticas que tal ato possa gerar, uma abordagem jurídica há de se restringir ao exame dos pressupostos expressamente

---

[40] LOUREIRO, João Carlos. *Transplantações: Um Olhar Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 41-42.

[41] SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**, in *Interesse Público*, n. 12, 2001, p. 95.

[42] Na Argentina, o artigo 15 da Lei 24.193, de 24 de março de 1993, prevê a possibilidade de revogação do consentimento pelo doador ou seu responsável legal até "el instante mismo de la intervención quirúrgica".

[43] Também nesse sentido é a legislação espanhola, como lembra CARLOS ROMEO CASABONA (**Tendencias legales sobre los transplantes de órganos**, p. 109).

[44] Nesse sentido, REGINA RIBEIRO PARIZI e NEI MOREIRA DA SILVA (**Transplantes**, in *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 163).

previstos pela legislação brasileira. Restrições que ultrapassem referido exame, imiscuindo-se exageradamente na esfera privada dos pais, são, portanto, ilegais.

O auto-transplante também foi admitido, dependendo apenas de consentimento do próprio indivíduo ou de seus pais ou responsáveis legais.

Questão que se poderá suscitar no tocante à revogação do consentimento inicialmente manifestado para a extração de órgãos, tecidos ou partes do corpo é a atinente ao cabimento ou não de indenização. O prejuízo sofrido pelo receptor é passível de ressarcimento? A resposta mais adequada a tal questão implica considerar a liberdade de dispor do corpo, para fins de transplantações, como integrante do direito de livre desenvolvimento da personalidade. Vinculando-se diretamente à personalidade, tal liberdade impede que se considere as partes destacadas do corpo para fins de transplantes como coisas, passíveis de apropriação. Não se aplicando a elas o regime típico das coisas, descabe exigir indenização caso o doador revogue o consentimento inicialmente manifestado. Na Argentina, o artigo 15 da Lei 24.193/1993 expressamente prevê que a retratação do consentimento por parte do doador não gera obrigação de nenhuma classe. Verifica-se, neste ponto, a inadequação da perspectiva civilista clássica, que enquadra as partes destacadas do corpo como coisas, ainda que fora do comércio. É preciso ressaltar uma abordagem personalista do tema, de forma a enquadrar tais partes, se não como pessoa, muito menos como coisa, mas sim como um *tertium genus*: vinculam-se aos fins da personalidade, guardando ainda a dignidade do doador[45].

2.2. Órgãos e tecidos extraídos de cadáver

Reconhecem-se na doutrina[46] e no direito comparado diversos modelos de apreciação do consentimento em matéria de extração de órgãos e tecidos de cadáver para fins de transplantações:

a) a solução do consentimento, que exige a expressa concordância da pessoa para a licitude da extração, não autorizando o seu silêncio que se proceda à retirada. O consentimento pode ser restrito, se disser respeito apenas ao falecido, ou alargado, se envolver o *de cujus* e/ou os familiares;

b) a solução do dissentimento, em que é lícita a remoção em caso de silêncio e em que se exige a expressa manifestação contrária para se impedi-la, não admitindo, em sua forma pura, qualquer direito de oposição dos familiares;

c) o modelo da informação, pelo qual, ante a inexistência de consentimento expresso do falecido, comunica-se aos familiares a intenção de retirada, os quais poderão opor-se, podendo a oposição ser do próprio falecido, caso tenha deixado em vida declaração expressa nesse sentido;

d) o modelo da declaração obrigatória, em que se exige que todos tenham de se pronunciar a respeito da remoção, assegurando-se as oportunidades para tanto;

e) o modelo da irrelevância da vontade privada.

Alude-se ainda ao chamado consentimento presumido (*presumed consent* ou *routine removal*), como sinônimo de solução de dissentimento[47]. Trata-se de expressão empregada sobretudo nos Estados Unidos da América. Há algumas diferenças, porém, quanto ao fundamento moral, entre o *presumed consent* e a *routine removal*: no primeiro, se reconhece o poder de disposição do

---

[45] Examinar, a propósito, o trabalho de MANUEL GOMES DA SILVA (**Esboço de uma Concepção Personalista do Direito – Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos**, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XVII, 196). Sem prejuízo de se poder eventualmente tratar como coisas algumas partes destacadas do corpo que não originem maiores problemas quanto à dignidade do doador, por não existir riscos à sua saúde e à sua vida, nem ameaças de instrumentalização, como é o caso de cabelos, os quais podem ser objeto de negócios jurídicos.

[46] OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 11-30; LOUREIRO, João Carlos. *Transplantações: Um Olhar Constitucional*, p. 26-32; CASABONA, Carlos Maria Romeo, **Tendencias legales sobre los transplantes de órganos**, p. 113-117; MENDES, Gilmar Ferreira. **Doação de Órgãos: Legitimidade Constitucional do Consenso Presumido**, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 203-206.

[47] OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 13.

indivíduo e/ou de sua família sobre o cadáver e suas partes, e que a falta de oposição constitui consentimento; no segundo, se reconhece que a sociedade tem o direito de acesso aos órgãos e tecidos extraídos de cadáver, seja porque estes lhe pertencem seja porque a família e os indivíduos têm o dever de fornecê-los[48].

A Resolução (78) 29 do Conselho da Europa, que dispõe sobre a harmonização das legislações dos Estados-membros relativas à colheita e ao transplante de órgãos, de 11 de maio de 1978, acolheu como modelo a solução do dissentimento. Seu artigo 10, nº 1, determina que nenhuma colheita de órgãos e de tecidos deve ser efetuada quando houver oposição expressa ou presumida do falecido, consideradas em especial as suas convicções religiosas ou filosóficas. Na ausência de manifestação explícita ou implícita do falecido, a remoção pode ser efetuada. Deixou-se aberta, porém, para cada Estado-membro, a possibilidade de decidir pela não-remoção, no caso de se verificar, mediante uma indagação razoável, em face das circunstâncias, a existência de oposição da família do defunto. A Organização Mundial da Saúde, mediante a Resolução 44.25, de 13 de maio de 1991, também admite a solução do dissentimento como solução alternativa ao consentimento expresso[49].

Em Portugal, vige o critério do dissentimento estritamente pessoal[50], regulado pelos artigos 10 e seguintes da Lei 12/1993, de 22 de Abril, e pelo Decreto-Lei 244/1994, de 26 de Setembro. São considerados potenciais doadores todos os nacionais, apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado sua oposição e sua qualidade de "não-dadores" junto ao Ministério da Saúde. A total ou parcial indisponibilidade para a doação se dá mediante inscrição no RENNDA – Registo Nacional de Não Dadores, de caráter informatizado. Como prova da oposição, prevêem-se três meios: a inscrição no RENNDA, a cópia do formulário de entrada destinada a provar o requerimento de inscrição no referido cadastro e o cartão individual de não-dador, a ser enviado no prazo de trinta dias a contar da recepção do formulário. No caso de cadáver não identificado, é autorizada a colheita de órgãos, presumindo-se a não-oposição, se outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais, conforme determina o artigo 13, nº 6, da Lei 12/1993, de 22 de Abril. A respeito de menores e incapazes, a indisponibilidade para a doação deve ser manifestada, para efeitos de registro, pelos seus representantes legais e pelos menores com capacidade de entendimento e manifestação de vontade.

É nítida a predominância de uma intenção de ampliar a oferta de órgãos para transplantes, intenção que já era presente no diploma anterior referente à matéria, o Decreto-Lei 553/1976, de 13 de Julho. O Tribunal Constitucional, ao apreciar pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º do último diploma citado, não o considerou lesivo à Constituição. Entendeu existir um ônus de zelo a cargo de cada pessoa, colocando-a na posição de, em vida, adotar as providências necessárias a que sua oposição se torne conhecida[51]. Em declarações de voto, os Conselheiros Raul Mateus, Messias Bento e Antero Alves Mônteiro Diniz, vencidos no julgamento, manifestaram-se pela inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto-Lei 553/1976, de 13 de Julho, basicamente pela inexistência, no quadro normativo por ele traçado, de medidas procedimentais eficientes que possibilitassem que a vontade do interessado chegasse ao conhecimento dos médicos a que incumbe a retirada dos órgãos e tecidos[52].

A solução do dissentimento também é consagrada pelas legislações de Espanha, França e Itália. Na Espanha, a Lei 30/1979, em seu artigo 5º, nº 2, admite a extração de órgãos e outras peças

---

48 JAMES F. CHILDRESS, **Organ and Tissue Procurement - Ethical and Legal Issues Regarding Cadavers**, in *Encyclopedia of Bioethics*, Revised Edition, Vol. 4. Nova Iorque: Simon & Schuster Mcmillan, 1995, p. 1860.

49 Resolução OMS 44.25 Guiding Principle 1: "Organs may be removed from the bodies of deceased persons for the purpose of transplantation if: a) any consents required by law are obtained; and b) there is no reason to believe that the deceased person objected to such removal, in the absence of any formal consent given during the person's lifetime".

50 O qual havia sido introduzido inicialmente pela legislação anterior, o Decreto-Lei 553/1976, de 13 de Julho, cujo artigo 5º determinava que "os médicos não podem proceder à colheita quando, por qualquer forma, lhes seja dado conhecimento da oposição do falecido".

51 Acórdão 130/88, in **Acórdãos do Tribunal Constitucional**, p. 451-452.

52 **Acórdãos do Tribunal Constitucional**, p. 454 seg.

anatômicas, para fins terapêuticos ou científicos, no caso de não existir oposição expressa do doador. No caso de menores e de pacientes com défice mental, a oposição deve ser feita por quem os represente[53]. Na França, a Lei nº 94-654, de 29 de julho de 1994, modificou a redação do Código de Saúde Pública, cujo artigo L.671-7 passou a prever a possibilidade de remoção de órgãos e tecidos se não há oposição registrada em cadastro nacional automatizado, revogável a todo momento. Se o médico responsável não tem conhecimento da vontade do falecido, deve se esforçar para obter o testemunho de sua família. Para menores e incapazes, exige-se autorização expressa e por escrito de cada um dos titulares do poder paternal ou do seu representante legal[54]. Na Itália, por fim, a Lei nº 91, de 1º de Abril de 1999, passou a adotar a solução do dissentimento estritamente pessoal, qualificada como "silêncio-consentimento informado" (*silenzio-assenso informato*). Prevê-se a necessidade de as autoridades sanitárias locais notificarem os cidadãos residentes em sua área de competência para exprimirem sua vontade. Sem tal informação específica e individualizada, não se pode efetuar a remoção. Se manifestarem seu assentimento ou se não se manifestarem, a remoção pode ser efetuada. Deve ser verificado o que consta em cadastro informatizado ou nos documentos sanitários pessoais. Ainda que não conste qualquer manifestação, o que a princípio autorizaria a colheita, esta não se efetuará se for exibido documento escrito, com a assinatura do defunto, em que este exprima sua oposição. No tocante aos menores, exige-se a concordância de ambos os genitores. Quanto aos nascituros, aos incapazes e aos menores que vivem em institutos de assistência públicos e privados, não é possível consentir na colheita[55].

Na Argentina, a Lei 24.193, de 24 de março de 1993, em seu artigo 19, prevê que toda pessoa maior de dezoito anos pode autorizar a extração de órgãos ou materiais anatômicos para fins de implantação em pessoas vivas, estudo ou investigação. Tal autorização poderá ser genérica ou especificar os órgãos ou tecidos a serem extraídos e poderá ser revogada a qualquer tempo. A outorga da autorização ou sua negativa será feita perante o Registro do Estado Civil e Capacidade das Pessoas, sempre que se praticar perante ele qualquer ato. A manifestação da vontade será registrada no Documento Nacional de Identidade do declarante e será comunicada ao Instituto Nacional Central Unico Coordenador de Ablación e Implante, entidade responsável pela matéria. Foi previsto pelo artigo 62 do mesmo diploma que, a partir de 1º de janeiro de 1996, se presumirá que toda pessoa capaz maior de dezoito anos que não tenha manifestado sua vontade de forma negativa conferiu autorização tácita para a extração. Os seus familiares, porém, poderão se opor a ela. Em caso de morte violenta, não existindo vontade expressa manifestada e ante a ausência de familiares, deverá ser requerida autorização judicial.

Contrariamente à tendência apontada nas legislações européias, a Alemanha adotou a solução do consentimento mediante a Lei de Transplantações de Órgãos, de 5 de novembro de 1997 (*Transplantiongesetz* – TPG). Exige-se, a princípio, expresso consentimento do doador, sob a forma escrita, sendo ilícita a extração se houver discordância por escrito. Não havendo manifestação expressa, deverá o médico responsável consultar o parente mais próximo do falecido, ou da pessoa expressamente por ele designada, sobre a existência de declaração acerca da remoção ou não de órgãos. Não existindo declaração do doador, a colheita somente pode ser efetuada se o parente nela consentir. A decisão do parente ou da pessoa designada deve respeitar a vontade provável do potencial doador[56].

---

[53] CASABONA, Carlos María Romeo. **Tendencias legales sobre los transplantes de órganos**, p. 113-114; LAMADRID, Miguel Angel Soto. **El Transplante de Tejidos y Órganos Humanos en la Legislación Española**, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, Fasciculo I, Janeiro/Abril de 1982, p. 77 seg.

[54] THOUVENIN, Dominique. **L'obtention des organes: le don comme finalité et le prélèvement comme modalité**, in *Les Lois "Bioéthique" à L'Épreuve des Faits*. Paris: PUF, 1999, p. 77 seg.

[55] GUERRERA, Ida Nicotra. **Il silenzio legale informato nella recente legge sui trapianti: dalla regola coercitiva alla norma pedagogica**, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 1999, Milão, Giuffrè, p. 829 seg; ZIINO, Diego. **Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale**, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3-4, Vol. XXIX, Luglio-Dicembre 2000, Giuffrè, p. 1409 seg; SICA, Salvatore. **La Volontà alla "Donazione"**, in *La Disciplina Giuridica dei Trapianti*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 79 seg.

[56] SIMON, Jürgen. **Legal Aspects of Biomedical Issues in Germany**, in *Journal International de Bioéthique*, Vol. 10, n. 3, setembro de 1999, Paris, Ed. ESKA, p. 37 seg; LUDWIG SIEP, JOHANN S. ACH e MICHAEL

No Brasil, a Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, consagrou, inicialmente, a solução do dissentimento[57]. Seu artigo 4º previa que, salvo manifestação em contrário, a ser registrada em documentos pessoais, passíveis de alteração a qualquer momento, a pessoa era considerada doadora. Posteriormente, face a modificações sucessivas por meio de medidas provisórias, finalmente convertidas na Lei 10.211/2001, foi consagrada regra totalmente distinta: a retirada de órgãos e tecidos passou a depender de autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Nenhuma palavra é dedicada à vontade do falecido. Em face de tal alteração, foi revogada toda a sistemática inicialmente vigente relativa ao registro da vontade da pessoa em Carteira de Identidade Civil ou em Carteira Nacional de Habilitação, de forma que as expressões "doador" e "não-doador" de órgãos nelas apostas perderam sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000[58].

O novo parágrafo único do referido artigo 4º previa que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderia ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo *de cujus*, nos termos do regulamento. No entanto referido parágrafo único foi vetado por S. Exa., o Presidente da República, sob o fundamento de que induziria "o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no *caput* do art. 4º - a autorização familiar, contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação"[59]. Nos termos do artigo 5º do referido diploma legal, a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida por ambos os pais ou por seus responsáveis legais.

O exame das normas de diferentes ordenamentos demonstra a diversidade de tratamentos a que a matéria pode ser submetida. Pode-se identificar na maior ênfase aos direitos individuais ou aos interesses da coletividade, associada a diferentes procedimentos e esquemas organizatórios destinados a dar-lhe efetividade, o ponto fulcral a nortear as soluções legislativas adotadas. Devem estas, no contexto de Estados Democráticos de Direito, pautar-se pela busca do equilíbrio entre o interesse da coletividade na obtenção de órgãos para transplantes e os direitos fundamentais dos cidadãos e de seus familiares, definindo o marco normativo que deve orientar a atuação de médicos e autoridades sanitárias[60].

É possível, porém, identificar a existência de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos e direitos fundamentais. No Brasil, a alteração a que foi submetido o artigo 4º da Lei 9.434/1997 conduziu à desconsideração da vontade individual, ao passar a exigir exclusivamente a autorização

---

QUANTE, **The Ethics of Organ Transplantation – Features of the German Discussion**, in *Journal International de Bioéthique*, Vol. 10, n. 4, novembro de 1999, Paris, Ed. ESKA, p. 29 seg.

57 Referido diploma revogou a Lei 8.489, de 18 de novembro de 1992, que exigia manifestação expressa do doador, em vida, autorizando a extração. Na ausência desta última, e desde que não houvesse manifestação em contrário, a remoção poderia ser efetuada mediante manifestação do cônjuge, ascendente ou descendente. Anteriormente, dispôs sobre o assunto a Lei 5.479, de 10 de agosto de 1968, revogada pela referida Lei 8.489/92. Referido diploma exigia uma das seguintes condições: a) manifestação expressa da vontade do "disponente" (a qual deveria ser veiculada por instrumento público se o doador fosse incapaz ou analfabeto); b) autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos. Havia a possibilidade de o disponente destinar seus tecidos ou órgãos a instituições ou pessoas. Referido diploma, por sua vez, revogou a Lei 4.280, de 6 de novembro de 1963, a qual dispunha exclusivamente sobre "a extirpação de partes do cadáver, para fins de transplante", exigindo, alternativamente, autorização escrita do *de cujus* ou não-oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos. O Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1246/88) também dispõe sobre os transplantes em seus artigos 72 a 75.

58 Artigo 2º da Lei 10.211/2001.

59 Mensagem de veto nº 252, de 23 de março de 2001, publicada no D.O.U. de 24 de março de 2001 (edição extra).

60 Nesse sentido, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (**Tendencias legales sobre los transplantes de órganos**, p. 105).

dos familiares para a extração de órgãos. Tal desconsideração impacta o direito geral de personalidade, como liberdade de decidir acerca do destino a ser dado ao corpo após a morte. O novo Código Civil brasileiro, a propósito, em seu artigo 14, concretizou tal liberdade, admitindo como lícitos os atos de disposição do próprio corpo para após a morte desde que gratuitos e com finalidades científicas e altruísticas. Em Portugal, critica-se a inadequada observância de deveres de informação aos cidadãos e a adoção de soluções procedimentais inadequadas para assegurar eficácia prática à solução do dissentimento[61].

2.3. A violação ao princípio da proporcionalidade

A existência de conflitos entre os bens coletivos e os direitos fundamentais analisados neste estudo aconselha a aplicação do princípio ou da máxima da proporcionalidade, como meio para se concluir pela adequação ou não da solução adotada pelos diversos ordenamentos.

As normas de direitos fundamentais podem ser regras e princípios segundo a conhecida formulação de Robert Alexy[62]. As regras se destinam a ser aplicadas em sua inteireza ou não, ao passo que os princípios são mandatos de otimização, cuja ordenação deve ser cumprida na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas por princípios e regras opostos. Isto impõe considerar, nas relações entre os cidadãos e o Estado, se as limitações impostas a direitos fundamentais são imprescindíveis para a proteção de princípios e valores opostos. É o princípio ou máxima da proporcionalidade.

A idéia de proporção, a rigor, acompanha a própria idéia de direito, segundo os arquétipos do pensamento jurídico ocidental, na Grécia e em Roma[63]. No direito público alemão, a idéia de proporcionalidade seria posteriormente invocada como um limite da atuação do Estado, somente se justificando intervenções nos direitos individuais à medida que fossem necessárias à salvaguarda da liberdade e da segurança de todos[64]. Já se encontrava presente na idéia britânica de razoabilidade (*reasonableness*) e na concepção francesa de excesso ou desvio de poder[65]. Manifestou-se no direito penal, na idéia de proporção entre os crimes e os castigos[66], passando ao direito administrativo (direito de polícia). Deste último, tal princípio foi transposto, na Alemanha, para o plano constitucional, sobretudo após a edição da Lei Fundamental de Bonn e da interpretação atribuída pelo Tribunal Constitucional alemão ao seu artigo 19, nº 2[67].

Tal máxima se decompõe nas exigências de:

a) adequação da medida (sua idoneidade para alcançar o fim de interesse público pretendido pela limitação);

b) necessidade da medida (inexistência de outra medida menos limitativa para a satisfação do interesse pretendido);

c) proporcionalidade em sentido estrito da limitação (deve haver um equilíbrio entre o prejuízo sofrido pelo direito fundamental limitado e o benefício decorrente da limitação para o interesse público, ou seja, as vantagens dela decorrentes devem superar as desvantagens).

---

61 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 28-30 e 226 seg.

62 *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 86-87. A abordagem "principiológica" dos direitos fundamentais muito deve também a RONALD DWORKIN (*Taking Rights Seriously*, Cambridge, Havard University Press, 1999, p. 24 seg).

63 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000, p. 73.

64 *Teoria Processual da Constituição*, p. 76 seg.

65 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 268.

66 Consagrada na França no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nesse sentido, ainda, CESARE BECCARIA (*Dos Delitos e das Penas*, São Paulo, Hemus, 1971, p. 61) e SUZANA DE TOLEDO BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 35).

67 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, p. 81 seg. Também PETER HÄBERLE (*Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 93-94).

O referido princípio vincula a Administração, o Judiciário e o Legislativo. Apesar da margem de livre apreciação que este último detém, podem ser controladas a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas legislativas adotadas, levando-se em conta posições subjetivas concretas que venham a ser atingidas por aquelas medidas[68]. O princípio da proporcionalidade mostra-se assim como o "limite dos limites", servindo para o equacionamento de conflitos e estabelecendo balizas para a concordância prática de valores e bens constitucionais[69].

Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a razoabilidade constitui parâmetro de aferição da constitucionalidade das leis, baseada no princípio do devido processo legal, na sua vertente substantiva (*substantive due process*), servindo para limitar medidas restritivas de direitos e liberdades adotadas pela Administração e pelo Legislativo[70]. Importa considerar se a medida restritiva passa pelos testes da racionalidade e da razoabilidade em sentido estrito: o primeiro leva a considerar se a autoridade de que emanou a medida levou em conta elementos impertinentes ou se omitiu quanto a elementos pertinentes; o segundo leva a que se afastem as soluções que contrariem de forma manifesta o senso comum. Como ensina GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, "os conteúdos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam conexão, detectando-se um ponto comum entre a razoabilidade, na acepção de racionalidade, com o princípio da proporcionalidade, sob as vertentes da adequação e da necessidade, mas nem sempre alcança o princípio da razoabilidade em sua segunda acepção, traduzida pela regra do 'consenso popular', que nem sempre abrange a noção de proporcionalidade"[71].

Apesar de não se encontrar expressamente previsto, o princípio da proporcionalidade mostra-se compatível com os princípios e o regime adotados pela Constituição, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Maior, podendo ainda ser reconduzido à cláusula do devido processo legal, em sua vertente substancial (inciso LV do referido artigo 5º)[72]. Cumpre, portanto, verificar se a solução albergada pela Lei 9.434/1997 é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Tem-se que foi privilegiado o interesse dos familiares em detrimento da liberdade individual[73]. Mesmo admitindo-se que seja uma solução adequada para a obtenção de órgãos e para assegurar o interesse dos familiares, e, seguramente, não sendo uma solução consagradora de um excesso, diante da reduzida carga coativa, já que não se consagra a possibilidade de remoção de órgãos contra a vontade do potencial doador e de seus familiares, é desproporcional em sentido estrito por negar de forma categórica e apriorística a liberdade individual, impedindo o desenvolvimento pleno da personalidade e afetando a dignidade do doador. Diferentes soluções seriam possíveis sem incorrer em tal vício, tais como exigir-se a manifestação da vontade da pessoa e de familiares ou permitir aos familiares apresentar oposição fundada na vontade do falecido em não doar, demonstrada mediante elementos de convicção como pertencer a um grupo religioso cujas crenças

---

68 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 272.

69 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 172 seg. Referida autora critica a circunstância de o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, não haver ainda assimilado o princípio da proporcionalidade como limite da restrição de direitos e garantias constitucionais e como parâmetro de aferição da constitucionalidade de medidas legislativas, prevalecendo muitas vezes a exigência de lesão manifesta e direta a dispositivo constitucional. Há na jurisprudência da Corte Maior, porém, diversos julgados em que foi afirmada a violação à máxima da proporcionalidade, muitas vezes com a denominação de princípio da razoabilidade. Examinar, a propósito, CAIO TÁCITO (**A Razoabilidade das Leis**, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 204, abril/junho de 1996, Renovar, Rio de Janeiro, p. 3-6) e GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (*Controle Jurisdicional da Administração Pública.* São Paulo: Dialética, 1999, p. 133-141).

70 TÁCITO, Caio. **A Razoabilidade das Leis**, p. 2.

71 *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 133.

72 Considerar a falta de razoabilidade de uma norma uma violação ao devido processo legal constitui entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIn's 966-4, 958-3 e 1.158. Nesse sentido, CAIO TÁCITO (**A Razoabilidade das Leis**, p. 5).

73 Na Mensagem de Veto presidencial ao novo parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.434/1997, foi feita referência à prática da "totalidade das equipes transplantadoras do país", o que autoriza concluir que também se considerou os interesses dos profissionais médicos na adoção do critério da autorização familiar, na medida em que o critério atualmente adotado evita a possibilidade de conflitos entre médicos e familiares do potencial doador.

são contrárias à doação, por exemplo.

Tais soluções haveriam de ser conjugadas com modelos organizatórios e procedimentais que facilitassem não apenas a manifestação da vontade da pessoa, como de seus familiares, bem como a alteração da vontade inicialmente manifestada. Por ocasião de exames médicos de admissão ao serviço público ou a empregos na iniciativa privada, ou de exames médicos demissionais, ou ainda quando da inscrição perante a Seguridade Social, além dos casos de expedição de carteira de identidade e de carteira nacional de habilitação, poderia ser colhida a vontade da pessoa, a ser registrada em arquivo informatizado para posterior consulta, isso após serem prestados todos os esclarecimentos necessários. Haveria de ser facilitada a alteração da manifestação inicial e mesmo permitida sua veiculação por mecanismos informais, como declarações posteriores e mesmo o testemunho da família, desde que fundado em indícios convincentes.

É de se lembrar, como argumento que justifica o critério da autorização familiar, o da necessidade de proteção de pessoas menos favorecidas. Por ser o Brasil um país com grandes desigualdades sociais e regionais, a adoção da solução do dissentimento levaria à extração de órgãos e tecidos de pessoas que nunca tiveram acesso à educação e à cultura, não tendo sido devidamente informadas de seus direitos e de como torná-los efetivos. Ao falecerem, tais pessoas passariam a "ter um maior valor" do que tiveram em vida e poderiam vir a ser instrumentalizadas, servindo como "bancos" de órgãos. Malgrado a razoabilidade da argumentação, outras soluções seriam possíveis. O critério da autorização familiar impede o exercício da liberdade individual de dispor sobre o destino a dar ao próprio corpo, com intuito altruístico e solidário, de pessoas que têm adequado discernimento e foram devidamente informadas. Ademais, constitui uma capitulação do Estado diante dos fatos, quer por desconsiderar seu dever de reforçar o acesso da maior parte da população brasileira à educação e à cultura, quer por mascarar seu dever de fomentar a solidariedade, por meio de campanhas públicas de esclarecimento. Por fim, conduz à disseminação errônea da idéia de que os familiares teriam "direito" a decidir o destino do corpo do falecido, dificultando o estabelecimento de um sentimento de solidariedade[74]. Os interesses dos familiares são respeitados pela previsão da obrigatoriedade de uma recomposição condigna do cadáver para ser entregue aos parentes do morto ou aos seus responsáveis legais (artigo 8º da Lei 9.434/1997), exigência que também está presente na lei portuguesa (artigo 14), que proíbe mutilações ou dissecações não estritamente indispensáveis à recolha e à utilização de tecidos e órgãos.

A eliminação do procedimento anteriormente previsto pelo artigo 4º da Lei 9.434/1997 (inscrição na carteira nacional de habilitação ou na carteira de identidade da condição de não-doador de órgãos e tecidos) constitui portanto um retrocesso inconstitucional e uma violação ao princípio da proporcionalidade e à garantia da liberdade individual, por haver suprimido um meio para a veiculação da vontade e para o desenvolvimento da personalidade da pessoa sem que fosse oferecida uma via alternativa para tanto.

Não significa que a solução anterior estivesse isenta de críticas. O conflito, nesse caso, era entre o direito geral de personalidade (ou eventualmente a liberdade de crença e de consciência), e o direito à saúde. Não se pode afirmar, aprioristicamente, que os primeiros sempre se sobrepõem ao segundo, sendo necessário verificar-se no caso concreto quais são as razões existentes em favor de uns e de outros, devendo prevalecer os direitos individuais apenas em caso de dúvida ou de igualdade das razões existentes[75]. No entanto, a redação anterior do artigo 4° da Lei 9.434/97 consagrava um défice procedimental, na medida em que não previa a consulta aos familiares, para se apurar eventual mudança da vontade do falecido, nem a possibilidade de esta mudança ser demonstrada por outros meios além daqueles expressamente previstos. Violava ainda a exigência de uma informação adequada ao potencial doador, para propiciar uma decisão consciente, mesmo que tácita.

---

[74] Nesse sentido, e com referência à experiência espanhola, ver CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (**Tendencias legales sobre los transplantes de órganos**, p. 118-120).

[75] OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 96.

Crítica semelhante pode ser dirigida à legislação portuguesa[76]. Não são previstos outros meios, além da inscrição no RENNDA (Registro Nacional de Não-Dadores), da cópia do impresso tipo e do cartão individual de não-doador, "susceptíveis de proporcionar pelo menos uma provável eficácia prática à vontade expressa em vida do não dador"[77]. A existência de organizações e procedimentos adequados à veiculação, à modificação e ao conhecimento por parte de autoridades sanitárias da vontade do potencial dador constitui uma dimensão objetiva essencial dos direitos fundamentais relacionados com as transplantações, especialmente o direito ao desenvolvimento da personalidade e a liberdade de crença e consciência[78].

Também merece crítica a previsão de que as pessoas falecidas não identificadas são consideradas doadoras (artigo 13 da Lei 12/1993, de 22 de Abril). Caso se trate de uma pessoa que se tenha manifestado contrariamente à retirada de órgãos e tecidos ou de um estrangeiro não residente em Portugal sua vontade não será respeitada. A não identificação da pessoa impede totalmente a verificação de sua vontade, violando a referida previsão o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: as desvantagens (lesão ao direito geral de personalidade, como liberdade de autodeterminação bioética) superam as vantagens (obtenção de mais órgãos para transplantes). A medida viola ainda o princípio da proibição do excesso, dada sua elevada carga coativa[79]. A lei brasileira veda expressamente a remoção de partes do corpo de pessoas não identificadas (artigo 6°).

Por fim a exigência de uma informação individualizada e específica acerca das consequências da não-oposição, como meio necessário à obtenção de uma manifestação volitiva livre e esclarecida, também não é atendida pela lei portuguesa. Há a previsão de campanhas de informação (artigo 15 da Lei 12/1993, de 22 de Abril), que além de não serem realizadas com a frequência que seria esperada[80], não asseguram a recepção efetiva da mensagem pelos doadores em potencial.

Interessante, nesse sentido, é o teor da Lei Italiana 91, de 1º de abril de 1999, que autoriza a colheita de órgãos e tecidos nos casos em que o indivíduo a) tenha manifestado em vida sua vontade favoravelmente; b) tenha sido informado de seus direitos e não se tenha manifestado contra a remoção. Ainda nesse segundo caso, porém, a colheita não será feita se for exibido documento, com a assinatura do falecido, em que este exprima a sua oposição. A lei em comento determina ainda às autoridade sanitárias locais que solicitem aos cidadãos a manifestação de sua vontade, notificando-os e informando-os de seus direitos, inclusive da forma de modificar referida manifestação.

A ausência de uma informação adequada ao potencial doador constitui portanto um vício da regulação da matéria. Além das campanhas públicas de esclarecimento, que configuram uma informação "em sentido lato", cumpria que fosse prevista uma notificação pessoal, tal como faz a lei italiana, com o que se assegura um maior respeito à dignidade da pessoa, informando-a de seus direitos e das consequências de seus atos ou omissões. Tal notificação, com os esclarecimentos devidos, poderia ser feita por ocasião de consultas médicas, da expedição de documentos, da inscrição perante a Seguridade Social e de outros momentos em que a pessoa e o Estado se relacionam.

CONCLUSÕES

---

[76] *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 215 seg.

[77] *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 231. No mesmo sentido, JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO (*Transplantações: Um Olhar Constitucional*, p. 32-34).

[78] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 150-151; MENDES, Gilmar Ferreira. **Doação de Órgãos: Legitimidade Constitucional do Consenso Presumido**, p. 204.

[79] OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 235-236.

[80] *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" – Ensaio sobre um Caso de "Constitucionalização" do Direito Civil*, p. 227.

A tutela constitucional da liberdade de autodeterminação, que abrange a liberdade de definir o destino a ser dado ao próprio corpo, após a morte, ou às partes dele destacadas, permite ampliar e complementar a proteção aos direitos da personalidade, tal qual se encontram disciplinados pelo Código Civil. Ressalte-se, a propósito, ser possível justificar a existência de um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, a abranger a liberdade de autodeterminação bioética, por se tratar de uma ampliação do âmbito das liberdades expressamente consagradas na Constituição Federal de 1988, e também em decorrência da substancial equivalência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em termos de importância e de proximidade da idéia de dignidade da pessoa, com direitos formalmente fundamentais. A partir dessa perspectiva, tem-se que a alteração operada pela Lei 10.211/2001, que introduziu a autorização familiar como critério para obtenção do consentimento a fim de se extrair órgãos de pessoas falecidas para fins de transplantes, é inconstitucional. Tal critério não deixa nenhum espaço para a liberdade de autodeterminação bioética, já que desconsidera a vontade da pessoa, que mantém eficácia mesmo após seu falecimento, e privilegia a decisão de seus familiares, consagrando um excesso lesivo e desproporcional. Também se faz necessária a introdução de mecanismos eficientes que assegurem o esclarecimento do público e a obtenção, manifestação e alteração da vontade da pessoa, a respeito da doação de órgãos para fins de transplantação, fomentando um autêntico sentimento de solidariedade e ao mesmo tempo respeitando a sua liberdade de autodeterminação.

A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Peru e sua perspectiva de aplicação no Brasil

AO PROF. DOUTOR JORGE DUARTE PINHEIRO,
O MEU RESPEITO, ADMIRAÇÃO E GRATIDÃO PELOS PRECIOSOS CONTRIBUTOS COMO PROFESSOR E ORIENTADOR QUE ME LEVAM A ALCANÇAR ÊXITOS COMO ESTE.
UM BEIJO,
LISBOA, 11/02/09.

Maria Berenice Dias
Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM, <http://www.mariaberenice.com.br>.

Marianna Chaves
Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Portugal, Especialista em Direito Homoafetivo pela AASP, Brasil, Membro do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias – IBDFAM, Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Situação no ordenamento jurídico peruano. 2. A suposta inconstitucionalidade da Lei 28457 de 8/1/2005; 2.1 O direito à identidade; 2.2 A suposta afronta aos direitos da incolumidade física, ao devido processo e à liberdade e a importância do DNA. 3. A concorrência de direitos fundamentais, a solução e o melhor interesse da criança. 4. Considerações Finais. 5. Projeto de Lei. 6. Justificativa. Referências.

INTRODUÇÃO

A preocupação em descobrir a verdade biológica sempre foi de pais e filhos, mas nunca foi uma preocupação da lei. Investigar a paternidade, afinal, desatende os interesses de sociedades mais conservadoras. A certeza da maternidade e incerteza da paternidade levaram à instituição da presunção da paternidade com relação aos filhos concebidos durante o casamento. Ao fim, nada mais do que a presunção da fidelidade da mulher. Daí a extrema valorização da virgindade feminina e a exigência de uma postura recatada, como atributos de mais valia.[1] A abstinência sexual sempre foi uma qualificadora de sua dignidade e honradez.[2] No homem sempre foi valorizado o livre exercício da sexualidade, tanto antes como fora do casamento, como elemento de afirmação de sua virilidade.[3] Na

[1] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 323.

[2] Acerca de tal aspecto, nitidamente ultrapassado e discriminatório, assevera Luiz Edson Fachin que "flagrante é o contra-senso de ainda admitir-se, genericamente, sem as devidas cautelas, a alegação da *exceptio plurium concunbentium*, não raro resquício imprestável da diminuição da condição feminina, proceder estigmatizante e preconceituoso". FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família:* elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232.

[3] Sobre tal questão, se pronuncia Paulo Lôbo, no sentido de afirmar de que a presunção *pater is est* "parte da exigência da fidelidade da mulher, pois a do marido não é necessária para que ela ocorra, circunstância que, para muitos, a incompatibiliza com o § 5º do art. 226 da Constituição, para o qual "os direitos e deveres

seara da filiação, o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou a maternidade a alguém ou então em óbices baseados em preconceitos históricos oriundos da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada.[4]

A concepção da família como uma instituição sacralizada, confere à mulher a condição de "rainha do lar" e lhe atribuiu a responsabilidade pelos filhos.[5] O interesse pela preservação da estrutura familiar sempre resistiu em admitir a identificação dos filhos fruto de relações extramatrimoniais.[6] Com o passar dos tempos, passou-se a admitir a possibilidade de se reconhecer os infantes nascidos fora do casamento, o direito de investigar a paternidade, mas condicionada a uma prova "robusta". Tal posicionamento possuía sustentáculo na tese de que, nas relações furtivas ou nas relações de concubinato, ainda que coincidentes com a concepção do filho, "não prevalecia uma natural presunção de paternidade, embora fosse consenso geral naqueles tempos ser sempre certa a maternidade".[7]

Mesmo em época de pleno desenvolvimento da engenharia genética, que permite identificar com certeza quase absoluta a verdade biológica, permanecem presunções na lei.[8] E, ainda assim, as demandas envolvendo a busca de identificação do vínculo de filiação em geral dispõem do rito ordinário, com ampla dilação probatória. É extremamente difícil conceder, por exemplo, direito a alimentos enquanto tramita a ação. A tendência é não permitir a cumulação da ação investigatória com o pleito de alimentos. Tal vedação dispõe de um resultado muito perverso pois, enquanto tramita a ação o investigante fica totalmente desassistido. E, só depois de ultimada a ação é que pode buscar alimentos, obrigação, no entanto, que só começa a vigorar a partir da citação do réu. Com isso, o filho permanece por muitos anos sem o direito de viver, caso não fosse a genitora assumir sozinha o encargo de prover a subsistência do filho.

1. SITUAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PERUANO

---

referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* São Paulo: Saraiva, 2008, p 196

[4] Neste sentido, cfr. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* São Paulo: Saraiva, 2008, p 195.

[5] Por terem as mulheres o monopólio da função reprodutiva e a capacidade e amamentação, a ela se atribui, com exclusividade, toda a responsabilidade pela criação dos filhos e organização do lar. No entanto, a reserva de papéis diferenciados ao homem e à mulher é uma construção cultural, que acaba gerando uma hierarquização pela mais-valia que se atribui às atividades masculinas pela só razão de que os homens ocupam espaço público, monopolizam o poder econômico e político. Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 15.

[6] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 345.

[7] MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 96.

[8] A título de curiosidade, tais presunções existem até mesmo no Direito Islâmico. Nomeadamente no Marrocos, Argélia e Tunísia, a legitimidade da filiação se fundamenta na prova da consangüinidade do pai relativamente ao filho. Se este nasce durante o casamento ou em um determinado tempo posterior à sua dissolução (como em diversos ordenamentos jurídicos vigentes) se deduz que sua concepção foi matrimonial. Destarte, a lei estabelece a mesma presunção *iuris tantum* presente no ordenamento brasileiro e no ordenamento peruano, de filiação legítima. Presunção esta que se fundamenta no monopólio das relações sexuais com a esposa, característico do Direito Islâmico. Cfr. MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico.* Madrid: Colex, 2002, p. 95.

Como na maioria dos países do mundo, também o Código Civil peruano (cfr. arts. 361 e 362) prestigia a relação de paternidade por presunção legal: o pai é o marido da mãe. Pela presunção *pater is est*[9], prevalece a paternidade fictícia sobre a verdade biológica. Daí as normas reguladoras das relações paterno-filiais favorecerem os varões, concentrando na figura materna a responsabilidade pelos filhos havidos fora do casamento.[10]

Esta tendência sempre foi evidente no Código Civil peruano onde figura a assertiva de que o filho nascido durante o matrimônio ou dentro dos trezentos dias posteriores à dissolução do casamento é considerado filho do ex-cônjuge.[11] É considerado matrimonial o filho, ainda que a mãe declare em sentido contrário ou que a mesma seja condenada como adúltera.[12] Diferente é o posicionamento do Direito português pois, o art. 1.832 estabelece que a mulher pode fazer a declaração de nascimento com a indicação de que o filho não é do marido, cessando, assim, a presunção de paternidade.

Enquanto por um lado, relativamente aos filhos matrimoniais, existe a presunção de paternidade, os filhos nascidos fora do casamento dependiam de reconhecimento ou de sentença declaratória de paternidade.[13][14] E até se chegar a tal sentença, imensurável era o

---

[9] Sobre a natureza desta presunção, Luiz Edson Fachin afirma que "discute-se a natureza desta presunção. Se se aceitar o seu caráter misto, vislumbra-se um duplo aspecto: de um lado, uma presunção fundamentada em efeitos pessoais da relação matrimonial (a coabitação e a fidelidade da mulher); como conseqüência legal do casamento, uma norma organizadora da família. Não se trata, obviamente, de presunção absoluta. É possível enquadrar-se a presunção *pater is est* como presunção *iuris tantum*." FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 35.

[10] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 345.

[11] Art. 361° *El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.*

[12] Art. 362° El *hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adultera.*

[13] Não muito diferente é a situação brasileira neste sentido. Ainda que por vedação constitucional não mais seja possível qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento e os havidos fora do casamento. O capítulo intitulado "Da filiação" (arts. 1.596 a 1.606 do CC brasileiro) cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio, enquanto os filhos nascidos fora do casamento estão no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (arts. 1.607 a 1.617 do CC brasileiro). A diferenciação advém do fato de o legislador ainda fazer presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento. Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a mantença da estrutura familiar. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.317.

[14] Já em Portugal, o art. 1826° presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio da mãe tem como pai o marido da mãe. A presunção estabelecida neste artigo tanto existe nos casos em que a criança nasce durante o matrimônio, mesmo tendo sido concebido antes, como nos casos em que, embora concebido durante o casamento, vem a nascer depois da sua dissolução.
Aqueles que vivam em união de facto (Lei n. 7/2001), não estão abrangidos pela presunção *pater is est*, ou seja, não se presume que os filhos de mulher não casada possuam por pai o homem com quem ela viva. Destarte, o estabelecimento da filiação seguirá os outros modos, a saber, a perfilhação, a averiguação oficiosa, e o reconhecimento judicial. Neste sentido Cfr. NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 15. ed., Lisboa: Ediforum, 2006, p. 1411-1413; VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*. Vol. V., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 114 e ss.
A mesma fórmula é aplicada ao Brasil, relativamente à união estável: apesar de a união estável ter *status* de entidade familiar e ser merecedora da tutela do Estado, os filhos concebidos em sua vigência precisam ser reconhecidos, mesmo que tal união possua muitos anos de existência. Todavia, havendo prova pré-constituída da sua existência, como decisão judicial declarando sua vigência no período coincidente com a época da

calvário, em virtude do processo de reconhecimento filiação extramatrimonial, recheado de infindáveis trâmites, desarmado da força probatória da genética ante o estado de indefesa, de impotência das crianças sem pai, desconhecedores de sua própria identidade. A diferença relativamente ao processo de conhecimento pelo qual se regia esta filiação é abismal.

Com o escopo de mitigar o vultuoso número de infantes sem pai, e a conseqüente quantidade de mães solteiras, resultante do ordenamento jurídico vigente, em boa hora foi editada a Lei 28457, de 8/1/2005, que instituiu um meio mais acessível para a fixação judicial de paternidade, onde foram reduzidas etapas, atos processuais, prazos, etc.[15]

Como certifica Enrique Rospigliosi este processo é um produto peruano, genuinamente novo e original em matéria processual, em defesa de um dos direitos substantivos mais humanos que existem. Trata-se de processo especial *ex code*, não abrangido pelo Diploma Processual Civil. Nenhum procedimento cumpria com satisfação condigna a pretensão de paternidade.[16]

É a materialização de moderna norma legal que se socorre dos atuais métodos científicos de identificação da paternidade através dos marcadores genéticos. Por meio do exame de DNA é possível identificar o vínculo biológico da filiação com um índice de certeza quase absoluto. Deste avanço apropriou-se o legislador para assegurar o direito à identidade, direito fundamental e primeiro de todo o cidadão. Daí a nova lei que admite somente um meio de oposição: a submissão ao exame de DNA, cuja força probatória é a única que origina convencimento pleno do magistrado. Todavia, injustificadamente a lei prevê unicamente o reconhecimento da paternidade extramatrimonial, deixando de fora a menos freqüente, mas não inexistente busca pela identidade da mãe, que deve ser buscada pelo procedimento constante no Código Civil.

O processo ofertado é célere e apresenta uma solução ajustada à questão da paternidade extramatrimonial, desviando-se dos óbices ofertados pelos extensos e dispendiosos processos de paternidade. Sobre a questão da celeridade, afirma Enrique Varsi Rospigliosi que tal processo especial de filiação acaba por restringir os atos processuais meramente dilatórios. Põe-se termo também à negativa para submeter-se à prova (sempre se encontrava alguma), intimações, argumentações, sustentações orais, também não procedendo à ab-rogação (ao iniciar o processo perante um Juiz de Paz Letrado e concluir perante o Especializado).[17]

Com o surgimento da nova lei, aquele que tenha interesse em obter a declaração de paternidade pode requerer a um Juiz de Paz Letrado que despache resolução patenteando a

---

concepção, é de se admitir dita presunção. Neste sentido, Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.339; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 54.

[15] Cfr. ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

[16] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana". Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

[17] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

filiação pleiteada.[18] Se o demandado não formular a oposição ou se omitir, no prazo de dez dias, a contar da citação, ou se for julgada improcedente a oposição apresentada para não submeter-se à perícia, ocorre a conversão do mandado em declaração judicial de paternidade.[19] O custo da prova é abonado pelo demandante no momento em que forem ofertadas as amostras necessárias ou poderá ser requerido o auxílio judicial.[20]

2. A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 28457 DE 8/1/2005

A constitucionalidade da lei peruana foi questionada.[21] Entretanto, a Sala de Direito Constitucional e Social Permanente da Suprema Corte (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema), pronunciou-se no sentido de proteger o direito à identidade dos menores não reconhecidos pelos seus pais, relativamente àqueles que se recusam a submeter-se ao exame de DNA, não vislumbrando qualquer afronta à liberdade, incolumidade física do demandado ou ao devido processo. A normativa consagra o direito à identidade, reconhecido como direito fundamental pela Lei Maior peruana, em seu art. 2º, n.1.[22]

2.1. O direito à identidade

No plano internacional a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989,[23] em seu art. 8º, n.1, assinala que os Estados-Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência legal.[24] Desta maneira, de acordo com o art. 7º, n. 1 da Convenção e o art. 6º do Código da Criança e do Adolescente peruano, o direito à identidade engloba o direito a possuir um nome, a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus progenitores e ostentar seus nomes.[25]

É indubitável que é um enorme embaraço e até uma possível sensação de amargura saber que é filho de pai desconhecido ou saber quem é seu genitor mas, não compreender os motivos da repulsa daquele que se nega a reconhecer a própria cria e, assim, se

---

[18] O art. 407 do Código Civil peruano determinava que apenas o filho possuía legitimidade para intentar a ação judicial de paternidade extramatrimonial, podendo a sua mãe atuar como representante em se tratando de menor de idade. E no caso do tutor ou curador, se fazia necessário prévia autorização do conselho de família. Na nova lei, extrai-se a permissão de quem tenha interesse legítimo intentar tal ação em favor de um terceiro.

[19] Cfr. art. 1º da Lei n. 28457.

[20] Se a oposição formulada pelo varão for infundada, ou seja, se o resultado do exame for positivo, o pai será condenado a pagar as custas processuais, assim como o custo do exame. Em caso contrário, evidenciado o resultado negativo do teste, por conta da parte vencida correrão todas as despesas e custas.

[21] Por resolução do Primeiro Juizado Misto do Módulo Básico de Justiça (Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia (MBJ), de Condevilla, Distrito de San Martín de Porres, que considerou que a normativa afrontava o direito à liberdade e ao devido processo.

[22] Art. 2º *Toda persona tiene su derecho: 1.A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*

[23] Mister salientar que se trata do instrumento internacional de proteção dos direitos humanos com o maior número de ratificações. Apenas os EUA e a Somália são Estados signatários que não apresentaram suas ratificações, de acordo com relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos, cuja última atualização se deu em Julho de 2007. Cfr. http://www.ohchr.org.

[24] Cfr. http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

[25] Cfr. http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27337.pdf

desvincular das obrigações resultantes de tal reconhecimento. Nas palavras de Rolf Madaleno:

> A origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subseqüentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é sei pai.[26]

Indispensável também fazer menção à Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que ostenta como 3º princípio a assertiva de que, desde o nascimento toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade. Importante relembrar que a Declaração constituiu o natural reconhecimento de vetores e valores diretivos, não constituindo, entretanto, uma fonte de obrigação para os países, revelando-se como uma orientação. A Convenção de 1989 sim configurou um instrumento de caráter imperativo, gerador de uma responsabilidade formal e solidificado para os Estados.[27]

2.2 A suposta afronta aos direitos da incolumidade física, ao devido processo e à liberdade e a importância do DNA

Não se visualiza na lei atentado ao devido processo, tendo em vista que o demandado tem a possibilidade de opor-se à demanda, submetendo-se ao exame de DNA. Tal assegura o seu direito de defesa, permitindo provar que não é o pai do menor, mediante o método probatório mais eficiente nos tempos hodiernos.[28]

Em decorrência dos avanços científicos, a possibilidade de sua identificação com índices quase absolutos de certeza não pode ser desprezada para manter uma certeza obtida por meio fictício. Até o advento do exame de DNA, a paternidade foi afirmada ou rejeitada por provas indiciárias e presuntivas. Nas ações investigatórias brasileiras, a causa de pedir é a concepção.[29]

Na ausência de tal prova, quer a procedência, quer a improcedência da ação baseavam-se exclusivamente em indícios. Comprovado o relacionamento afetivo entre os genitores,

---

[26] MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 139.

[27] Neste sentido, cfr. SAIAS, Marco Alexandre. "A Convenção sobre os Direitos da Criança". *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.* vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 804.

[28] Sobre a exatidão do teste de DNA, o pediatra e especialista em genética médica molecular, Salmo Raskin assevera que, "a análise em DNA é o teste de paternidade mais preciso possível atualmente. A chance do teste em DNA por P.C.R. detectar um homem que esteja sendo falsamente acusado de ser o pai biológico é superior a 99,99%. Se ele não for excluído de ser o pai biológico pelo teste de P.C.R., a probabilidade de que ele mesmo seja o pai biológico varia de 99,99% a 99,9999%, de caso para caso. Na prática, tomadas as devidas precauções no controle de qualidade do teste, este é um teste absolutamente preciso. Um resultado de exclusão significa com 100% de certeza que o suposto pai não é o pai biológico. Um resultado de inclusão vem acompanhado da probabilidade que o suposto pai seja o pai biológico, que são números acima de 99,99%, resolvendo inequivocamente todas as disputas". RASKIN, Salmo. "DNA e investigação de paternidade". Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=538. Acesso em: 25 de Outubro de 2007.

[29] Como esse tipo de relacionamento ocorre, ordinariamente, de forma reservada e a descoberto de testemunhas, é inquestionável que a prova do fato constitutivo que sustenta a ação se torna particularmente dificultosa. Trata-se de probação de ato praticado por terceiros, do qual o autor não foi partícipe, mas quase que mera "conseqüência", o que mais aumenta a dificuldade de amealhar provas. Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o Direito das Famílias.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 111.

presumia-se a mantença de contatos sexuais e a ocorrência da gravidez. De outro lado, a *exceptio plurium concubentium*, ou seja, a alegação de que a genitora se relacionava sexualmente com outros homens, fazia surgir a dúvida de que o réu poderia não ser o genitor, o que levava à improcedência da ação.

Felizmente, esse meio de defesa vem perdendo prestígio. Aliás, trata-se de contestação de todo descabida. O juiz, ao fixar os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova (de acordo com o art. 451 do CPC brasileiro), simplesmente não deve admitir qualquer referência à vida sexual da mãe do investigante. Inclusive, essa linha de argumentação sustentada pelo réu pode gerar responsabilidade indenizatória por dano moral.[3031]

Conforme assevera Cristiano Chaves de Farias:

> É certo e incontroverso que a ciência jurídica não pode desconhecer e descuidar dos valores da contemporaneidade. Não é possível esquecer os avanços da engenharia genética e a proteção privilegiada da pessoa humana, de modo a garantir o império dos valores tutelados em sede constitucional, impedindo, via de conseqüência, o perecimento do direito à identidade pessoal e à ancestralidade.[32]

Ademais, a lei não fere o direito à liberdade. Tal afronta inexiste, uma vez que a lei não obriga o demandado a submeter-se a uma coleta de sangue ou qualquer outro material genético para a análise.[33] Apenas é estabelecida como condição para a procedência da oposição a submissão ao teste e, somente em caso de inércia injustificada, é declarada a paternidade. Ora, se o demandado tem plena certeza de que não é o pai do filho que lhe é imputado, deve ser o primeiro a querer a realização da perícia, para se livrar da imputação que lhe é feita.[3435]

Poder-se-ia ainda referir-se a uma afronta ao direito de incolumidade ou integridade física do investigado. Que direito se poderia violar, se o exame de DNA é inofensivo, relativamente à "santidade" do corpo humano?[36] Não se trata de uma *inspectio corporis*

---

[30] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 333.

[31] Ação de indenização por danos morais. Apelado que, em ação de investigação de paternidade, lança à apelante a pecha de prostituta. Falta de comprovação que se agrava por ser conhecido como o pai no bairro em que viviam. Abuso desnecessário que configura ofensa à honra e gera o dever de indenizar. Recurso provido para julgar procedente a ação e condenar o apelado ao pagamento de 20 salários mínimos (TJSP, 4.ª C.D.Priv., AC 343.970-4/2, rel. Des. Maia da Cunha, j. 24.11.2005).

[32] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 188.

[33] Relativamente a Portugal, "no estado actual do conhecimento, é possível uma resolução extremamente segura das dúvidas sobre uma ligação biológica entre duas pessoas, mediante a realização de testes de ADN. Só que até há pouco tem prevalecido uma opinião que, rejeitando a recolha coercitiva de sangue, restringe o alcance do art. 1801º", que reza que "nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados." PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 111.

[34] Trata-se de uma presunção *juris tantum* de paternidade. Do mesmo entendimento comunga o STJ brasileiro, uma vez que dispõe em sua súmula 301 que: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

[35] Complementa Rolf Madaleno, relativamente à realidade brasileira que, "a recusa em fornecer material para o exame genético de DNA representa forte indício de paternidade, capaz de conduzir à procedência da demanda pela presunção absoluta de paternidade, alcançando 100% de certeza, tão-só pelo comportamento omissivo do investigado". MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 101.

[36] Existem violações do corpo humano que partem da própria pessoa, como no caso de tatuagens, *piercings*, sem a intervenção estatal. Destarte, o corpo protegido pela intangibilidade, não é tão "sagrado" como se prega. E além do corpo não ser tão "sagrado" assim, o sacrifício a ele impingido seria diminuto, para não

exaustiva, não são necessária agulhadas, as amostras de sangue são dispensáveis. Tecnicamente, somente necessita-se de uma irrisória quantidade de fluidos, secreções corporais, fios de cabelo, ou seja, absolutamente nada que afronte ou lesione o corpo humano.[37] Nas palavras de Enrique Varsi Raspigliosi, "*la prueba, con lo expuesto, es mucho menos invasiva en el cuerpo de la persona -a diferencia de lo que sucedía con las otroras pruebas heredobiológicas- por lo que no puede calificarse de traumática*".[38] Para doutrinadora portuguesa Paula Costa e Silva:

> ... qualquer um dos tipos de actos que são necessários à realização dos testes de ADN, incluindo a picada de um dedo para a recolha de sangue, não atinge o núcleo do direito à integridade física; e ainda que se entenda estar perante uma restrição ao mencionado direito, esta é absolutamente proporcionada e adequada, porque implica uma intervenção mínima e visa obter uma decisão judicial sobre filiação que coincida com a realidade, decisão que, em muitos casos, é exigida pelo interesse superior da criança.[39]

Destarte, é descabido admitir a alegação do direito à "intangibilidade" que o demandado sempre alega em seu favor, e a pretensa sacralidade do corpo humano em frente a uma simples picada ou qualquer outra forma de cessão de material genético que levasse a efeito o exame de DNA. Nas palavras do Ministro Francisco Rezek:

> Esse direito à incolumidade do investigado era algo pífio demais se confrontado com o interesse que a ação investigatória traduzia: o de apurar-se, sobre a paternidade, a "verdade material"- essa expressão usada em direito penal, que significa a verdade objetiva, a verdade "verdadeira", não uma verdade presumida, não uma verdade resultante de elaborações mentais.[40]

Há quem sustente a intangibilidade do corpo, afinal, nada mais íntimo e pessoal do que seu próprio corpo. Entretanto, em certos casos tal afirmação deve recuar, de forma a garantir outros direitos, como é o direito à identidade que salvaguarda, em *ultima ratio*, não apenas interesses individuais, mas também interesses públicos e sociais. Afinal de contas, toda criança merece ter um pai.[41]

---

dizer irrisório. Neste sentido, cfr. SCHOLNBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. "Exame de DNA: Faculdade ou Obrigatoriedade? Indício, Presunção ou Prova?", *in Temas Polêmicos de Direito de Família*/org. Cleyson de Moraes Mello; Thela Araújo Esteves Fraga, p. 51.

[37] Do mesmo entendimento comunga Jorge Duarte Pinheiro, quando afirma que, "contudo, com os avanços da ciência, o material recolhido para o exame de ADN não tem de ser necessariamente sangue; pode ser saliva um fio de cabelo, um fragmento de pele ou unha, o que torna menos consistente a tese de que a realização coactiva de exames de ADN é incompatível com o direito fundamental de integridade física da pessoa que a eles se tenha de submeter." PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 111-112.

[38] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

[39] SILVA, Paula Costa e. *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 114.

[40] REZEK, Francisco. "O direito à identidade", *in A família além dos mitos*/ coord. Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 42.

[41] Acerca de tal questão, pode-se afirmar que "o *status* de filho se relaciona fortemente com os direitos da personalidade. Embora não seja mais importante classificar, e sim proteger, pode-se asseverar que os estudiosos do tema se identificam em vários pontos nas respectivas classificações, especialmente, no aspecto que interessa ao *status* de filho, ou seja, todos reconhecem como direito da personalidade o direito à identidade". VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação:* entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 67.

3. A CONCORRÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A SOLUÇÃO E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ainda assim, se reconhecido que realmente haveria afronta a normas constitucionais, cabe proceder a uma ponderação dos direitos eventualmente atingidos e que deve ser conduzida à luz do interesse da criança. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989, devidamente ratificada pelo Peru, determina que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais ou autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o melhor interesse da criança. Ademais, o diploma interno que cuida das crianças e adolescentes e especificamente prevê o atendimento das normas da Convenção.[42]

Segundo a doutrina, este critério como fator de decisão principal, relativamente à questões envolvendo menores, deve ser de aplicação universal.[43] A ratificação da Convenção dos Direitos da Criança pressupõe a assunção, pelo signatário de um determinado compromisso, o de garantir os direitos referidos no instrumento, podendo serem auto-exequíveis ou, darem ocasião à sua materialização por meio de medidas, e criação de instrumentos.[44]

Com tais premissas cabe questionar se estaria diante de um conflito de direitos fundamentais. Nesta hipótese, qual deveria prevalecer? O direito à liberdade, à intangibilidade física do investigado ou o direito à identidade do filho? O importante é se oferecer a maior efetividade possível, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ao valor ou bem jurídico protegido pelo direito fundamental em causa. Assim, não existindo colisão alguma entre direitos opostos, deve-se dar a máxima efetividade.

No caso de colisão ou choque de direitos fundamentais, pode-se adentrar em um verdadeiro debate filosófico. Muitas vezes, os direitos fundamentais possuem a forma de princípios[45], caracterizados pela sua vacuidade, representando ordens ou mandados de otimização. A pergunta que surge: o que se deve otimizar? Até onde a maximização do bem protegido pode chegar?[46] Sobre tal questão, afirma J.J. Canotilho que:

> As normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de optimização que devem ser realizadas, na melhor medida do possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstractos. A

---

[42] Lei n. 23337 *"Código de Los Niños e Adolescentes"*. Art. VII: *En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios e las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. (...)*

[43] Neste sentido, cfr. McGOLDRICK, Dominic. "The United Nations Convention on the Rights of the Child". *In* FREEMAN, Michael David Alan. *Children's Rights*, vol. I. Hants: Ashgate Publishing, 2004, p. 82.

[44] Cfr. SAIAS, Marco Alexandre. "A Convenção sobre os Direitos da Criança". *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 797.

[45] Na diferenciação entre regras e princípios, pode-se afirmar que as regras devem ser aplicadas na forma do tudo ou nada, por serem mais herméticas, fechadas, já os princípios, como já explicitado anteriormente, são mandados de otimização, que devem ser aplicados na maior medida do possível.

[46] Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.43.

"ponderação" e/ ou harmonização do caso concreto é, apesar de perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável.[47]

Na ocorrência de choque, faz-se necessário produzir uma ponderação entre os valores em questão, devendo-se avaliar as razões a favor de um e a favor de outro, com um intuito de encontrar um ponto de equilíbrio entre ambos que resulte mais apropriado para o caso concreto.[48]

Díez-Picaso[49] adverte que em tal caso, existe um risco de se cair no puro subjetivismo, que conduz a decidir de acordo com as preferências pessoais do intérprete. Para afastar tal perigo a técnica de ponderação deve ajustar-se a três exigências. Em primeiro lugar, é sempre necessário levar a cabo uma cuidadosa análise das características do caso concreto, tanto em seus aspectos fáticos como em seus aspectos jurídicos. Em segundo lugar, uma vez verificado que não existe solução possível à margem da colisão, é necessário determinar qual dos valores é mais digno de proteção. Mais uma vez, para se evitar a tentação do subjetivismo, é necessário lembrar que não se trata de decidir qual dos valores em presença é mais digno de proteção em abstrato, mas sim no caso concreto. Em terceiro e último lugar, deve-se recordar que a técnica de ponderação não oferece respostas em termos de "sim" ou "não", mas de "mais" ou "menos".[50]

Não se está falando em hierarquia em abstrato dos direitos fundamentais.[51] Entretanto, no caso de colisão, há que se proceder a uma ponderação e, sendo inviável a harmonização dos direitos em questão, a uma prevalência, de um direito em relação ao outro. Sobre tal questão, assevera Robert Alexy que a solução para a concorrência consiste em se proceder, num primeiro momento a uma ponderação e tentativa de harmonização dos princípios. Tendo o embate não sido solucionado, em um segundo momento deve se estabelecer uma relação condicional de precedência ou primazia entre os princípios, à luz das circunstâncias

---

[47] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1233.

[48] Neste sentido, afirma Rodrigo da Cunha Pereira que, "em um conflito entre princípios, devemos tentar encontrar uma forma de aplicá-los e impor-lhes o menor grau de sacrifício possível. Devemos, portanto, ponderar os princípios em jogo, atribuindo-lhes pesos, de modo a encontrar o conteúdo e o grau de aplicabilidade de cada princípio no caso concreto. Princípios são mandados *prima facie* e não definitivos, ao passo que as regras se aplicam ou não". PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 34.

[49] DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.47-48.

[50] Sobre tal questão, complementa José Sérgio Cristovám que "na idéia de mandamento de otimização faz-se imprescindível a referência tanto às possibilidades fáticas como às jurídicas, questão que fica mais evidente quando da colisão entre princípios contrapostos, oportunidade em que as possibilidades jurídicas ganham um relevo especial. De fato, no que toca apenas às condições fáticas, os princípios deixam a estrutura de mandamentos de otimização para se constituírem em mandamentos de maximização. Considerados de forma isolada ou indepentemente de suas relações com outros princípios, estas espécies normativas ostentam natureza de mandamentos de maximização. Entretanto, não se pode olvidar que a relação entre os princípios é constitutiva do seu próprio conceito. Não há como pensar a realização de um princípio sem relacioná-lo com o conjunto constituinte do ordenamento jurídico e sem analisá-lo a partir das situações de colisão, o que justifica a manutenção de sua definição como mandamento de otimização". CRISTOVÁM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 232.

[51] Neste sentido, afirma Rodrigo da Cunha Pereira que, "não se proclama, é certo, a hierarquia absoluta entre princípios. Entretanto, não podemos deixar de observar a ascensão da dignidade humana na ordem jurídica". E, no caso em questão, o direito à identidade de uma criança é uma questão de dignidade humana, que deve ser observada com certa prevalência. Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 35.

do caso concreto. É feita uma metáfora de peso, colocando-se os princípios colidentes em uma balança e avaliando-se a importância de cada valor para o caso em si. Mister salientar que os princípios não possuem relação de total precedência e não são quantificáveis. Destarte, tal avaliação de peso é apenas uma metáfora, uma vez que tal quantificação só pode ser levada a efeito de forma relativa e concreta.[52] [53]

Complementa ainda Canotilho que, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se pode determinar, tendo em vista que apenas nestas condições é legítimo afirmar que um direito possui mais peso do que outro. [54]

Desta maneira, mesmo que se entenda que a lei afronta ao direito de liberdade do pai, ainda assim, o direito do filho deve prevalecer.[55] [56] Entre o direito fundamental de uma criança em choque com o direito fundamental de um adulto, deve-se proceder a uma ponderação, observando-se princípio do superior interesse da criança, que é elemento norteador de toda e qualquer decisão relativa a menores.[57]

Destarte, ante as normas internas[58] e os tratados internacionais, o interesse superior da criança deve ser o fator de primordial consideração, constituindo-se em elemento mediador.[59] Neste caso, não sendo possível a harmonização entre os dois direitos em causa,

---

[52] ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 51-52.

[53] Nenhum dos princípios é considerado nulo ou inválido mas, apenas não aplicável (total ou parcialmente) na situação específica. Destarte, um recua frente ao maior peso e mais-valia do outro princípio, no caso concreto.

[54] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1232.

[55] Corrobora deste entendimento Maria Christina de Almeida, quando afirma que, "no conflito de interesses entre o direito do pai, que não quer se submeter ao exame, protegendo a sua integridade física ao impedir que se extraia uma gota se sangue, a raiz de um fio de cabelo, saliva ou qualquer outro material possível de se extraírem células de DNA, exercitando seu direito de liberdade, e do filho, que busca a revelação da ascendência genética para a aquisição de um direito imanente à sua condição de pessoa – o *status* de filho -, entende esse estudo que deva prevalecer o direito do filho, assim atribuindo à descoberta da origem biológica uma relevância maior do que ao atentado à integridade física evitado pelo suposto pai, estabelecendo-se uma hierarquia entre os valores em jogo, de forma a proteger aquelas partes que, por certo, não pode ser responsabilizada pelo seu nascimento". ALMEIDA, Maria Christina. *DNA e o estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 137-138.

[56] No entendimento de José Sérgio Cristovám, "a existência de princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão, não se mostra consoante com o próprio conceito de princípios jurídicos. Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes capazes de preceder aos demais em praticamente todas as situações de colisão". Um dos casos, seria o princípio da dignidade da pessoa humana. No caso em tela, o direito à identidade está intrinsecamente conectado à dignidade humana. Neste sentido, cfr. CRISTOVÁM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 235.

[57] Neste sentido, afirma Rose Meirelles que, o princípio do melhor interesse da criança possui caráter é subsidiário, devendo ocupar o centro das decisões relacionadas ao infante. Cfr. MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. "O Princípio do Melhor Interesse da Criança". *In Princípios do Direito Civil Contemporâneo/* coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480.

[58] *Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar. Art. IX. Interés superior del niño e del adolescente – En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.*

[59] Neste sentido, cfr. ALSTON, Philip. "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights". *In* FREEMAN, Michael David Alan. *Children's Rights*, vol. I. Hants: Ashgate Publishing, 2004, p. 198.

deve-se proceder à indicação da prevalência de um direito sobre o outro, ou seja, a preponderância do direito do filho sobre o direito do pai.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem afirma Enrique Varsi Rospigliosi com o advento da referida normativa estar-se-á diante de um novo estatuto filiativo em matéria de paternidade extramatrimonial sustentado no direito à identidade, no interesse superior da criança e em uma sociedade com valores claros, que se originam onde se inicia toda relação humana, no âmago da família.[60]

Na doutrina brasileira, já existem posições ousadas, no sentido de fazer a análise da recusa à perícia médica em ações de filiação, à luz das balizas constitucionais. Deste modo, com sustentáculo nos vetores da Lei Maior, procurando consagrar a dignidade humana, entende-se que o direito natural, constitucionalmente garantido, indisponível e absoluto à perfilhação ultrapassa o direito à intimidade, fazendo emanar uma indispensabilidade do exame de DNA, em virtude da sua precisão. Destarte, afirma-se em sede doutrinária a obrigatoriedade da produção de tal exame genético e, "em caso de recusa, ser imperativa a condução coercitiva do investigado, visando garantir a dignidade humana do investigante."[61]

Obviamente, não se pode olvidar que, no caso de existência de um pai afetivo, o conhecimento da origem biológica possui apenas o escopo de conhecimento da ascendência do indivíduo e do afastamento de problemas de saúde, originários da consanguinidade. O afeto, indubitavelmente se sobrepõe ao biologismo.

Destarte, pode-se concluir que, com sensibilidade e sabedoria, afastando-se da coerção ou de qualquer medida mais drástica, o Perú inseriu no seu sistema jurídico uma lei que resgata o direito à identidade constitucionalmente garantida atentando ao princípio do melhor interesse da criança, devendo servir de exemplo para outros Estados, cujos ordenamentos ainda estão aquém do desejável nesta matéria.

Como tudo o que é bom merece servir de exemplo, com certeza o modelo trazido pela lei peruana é um belo modelo para se atender ao interesse maior das crianças que merecem uma tutela diferenciada e uma especial proteção em época em que tanto se fala em paternidade responsável. Em face do reconhecimento do direito à identidade como direito fundamental, é indispensável que a lei assegure mecanismos mais ágeis para garantir o direito à dignidade dos cidadãos de amanhã.

Daí a seguinte proposição de projeto de lei, para o Brasil, inspirado na lei peruana, com a respectiva justificativa

5. PROJETO DE LEI

Regula a paternidade e dá outras providências.

---

[60] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona.* Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar. Acesso em: 22 de Outubro de 2007.

[61] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 186.

Art. 1° Comparecendo a genitora para proceder ao registro do nascimento do filho, o oficial deve questioná-la sobre a paternidade.
§ 1° Caso a mãe não queira indicar quem é o genitor, o oficial procederá ao registro somente com o nome da genitora.
§ 2° Indicando a mãe quem é o genitor, o oficial comunicará ao juiz o nome, profissão, identidade e residência do suposto pai.

Art. 2° O juiz, mandará notificar o suposto pai, para que no prazo de 10 dias se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.
§ 1° Confirmada expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial, para proceder ao registro do nascimento.
§ 2° Não se manifestando o suposto pai ou negada a paternidade, o juiz designará data para o exame do DNA.

Art. 3° O custo do exame será atendido pela demandante, no momento da coleta do material genético para realização do exame.
Parágrafo único Não dispondo ela de condições econômicas para atender ao pagamento, cabe à justiça suportar o encargo.

Art. 4° Se o demandado, injustificadamente, não comparecer ao exame, no dia e hora designado, o juiz declara a paternidade, remetendo certidão ao oficial do registro.

Art. 5° No ato do reconhecimento, o juiz fixa alimentos provisórios, assim como o direito-dever de convivência, levando em conta o melhor interesse da criança.

Art. 6° Em caso de resultado positivo do exame de DNA, será imputado ao genitor o pagamento do exame.

Art. 7° Contestada a paternidade e justificado o não comparecimento ao exame, cabe ao genitor propor ação negatória de paternidade.

Art. 8° Proposta a negatória de paternidade, o juiz designará o exame do DNA.
§ 1° O custo do exame será atendido pela demandante, no momento da coleta do material genético para realização do exame.
§ 2° Não dispondo ele de condições econômicas para atender ao pagamento, cabe à justiça suportar o encargo.

Art. 9° Modifica-se ou derroga-se toda disposição que se oponha ao disposto na presente lei.

Art. 10 Os processos em trâmite se adequarão ao disposto na presente lei.

Art. 11 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

6. JUSTIFICATIVA

É mister relembrar o incontável número de pais, em território brasileiro, que se recusam a reconhecer seus filhos, que restam sob responsabilidade da mãe, enquanto a morosa e dispendiosa ação de investigação de paternidade tramita na Justiça.

Com o intuito de estabelecer um meio mais acessível para a fixação judicial de paternidade, se apresenta o projeto de lei em questão, cujo processo é marcado pela celeridade e simplicidade, fugindo dos expedientes procrastinatórios que permeiam as ações investigatórias de paternidade, acabando, assim, por restringir atos processuais meramente dilatórios. Com isso se põe termo também à negativa do pai de para submeter-se ao exame do DNA, dando-se prioridade ao direito da criança, já que, enquanto a

paternidade não é reconhecida, nenhuma responsabilidade é imputada ao pai, como a obrigação de alimentos e o direito-dever de convivência.

Poder-se-ia trazer à baila uma eventual inconstitucionalidade relativamente aos direitos do demandado, por suposta afronta ao devido processo legal e ao direito à liberdade, e até mesmo à incolumidade física. Entretanto, de tal mácula não se ressente a lei proposta, uma vez que ao demandado é garantido o direito de oposição. Apenas se coloca como uma condição para o acolhimento da oposição, a submissão ao exame de DNA.

Em momento algum se está a ferir o direito à liberdade, tendo em vista que o investigado pode se recusar em submeter-se ao exame. De outro lado, não há como apontar ataque ao direito à incolumidade física, constitucionalmente garantido, até porque, em nenhum momento, está prevista a possibilidade de o investigado ser conduzido coercitivamente para levar a efeito o referido exame.

Ainda assim, mesmo que se verificasse eventual afronta ao direito à liberdade ou à incolumidade física do pai, deve-se atentar que está em jogo o direito ao nome, à identidade do filho, que está ao abrigo do princípio da proteção integral. Destarte, em se tratando de uma suposta colisão de direitos fundamentais, há que se proceder a uma ponderação dos valores eventualmente atingidos, conduzida à luz do superior interesse da criança, que está consagrado em diversos instrumentos internacionais como a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989, assim como na normativa interna brasileira (ECA) e de diversos outros Estados.

O presente projeto se inspira na lei peruana n. 28457/ 2005, que já teve sua constitucionalidade declarada pela Suprema Corte daquele país, sob o fundamento de que se está assegurando o direito à identidade, no interesse superior da criança e em uma sociedade com valores claros, norteados pelo princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.

A fraude material na união estável e conjugal

Rolf Hanssen Madaleno
Professor de Direito de Família nos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil,
Diretor Nacional do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família,
Vice-Presidente do IARGS – Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, Brasil,
Advogado,
<http://www.rolfmadaleno.com.br>

SUMÁRIO: Introdução 1. O lastro matrimonial 2. A presunção de comunidade 3. A separação e seu efeito na partilha 4. A autonomia de vontade 5. A fraude 6. A fraude societária 7. A fraude pela mudança do tipo social 8. A fraude na sucessão empresarial 9. A fraude pela interposta pessoa 10. A boa-fé 11. A fraude no casamento do Código Civil 12. A fraude nos regimes de bens 13. A fraude na união estável 14. A outorga do convivente 15. A indenização pela inoponibilidade 16. Uma solução argentina 17. Outra solução argentina 18. A fraude pela formação de dívidas 19. A prova da fraude e da simulação

INTRODUÇÃO

O Homem nunca quis estar só, é gregário por natureza e busca por regra a companhia de outra pessoa, para uma convivência quase sempre em regime de coabitação. Tem certo pendor pela vida familiar para sua plena satisfação como pessoal que galga etapas no vínculo afetivo para a formação de uma família, na sua adequação social.

Conforme Eduardo de Oliveira Leite,[1] de todas as instituições criadas pelo espírito humano, somente a família e o casamento resistiram inquebrantáveis à inexorável marcha dos tempos. E não que as uniões tenham iniciado pelo casamento como o conhecemos na atualidade, moldado a partir de acentuados valores religiosos, mas assentado numa fase mais primitiva, n qual a promiscuidade não limitava parceiros de relações de poligenia ou de poliandria.

A nascente da monogamia gerando as figuras do marido e da mulher, prossegue Eduardo Leite,[2] se baseia no poder do homem, com a finalidade precípua da procriação de filhos que deveriam herdar a fortuna paterna, num claro contraste às uniões nascidas da mais absoluta informalidade, atraídas pelo instinto fisiológico das relações de sexo, para a partir delas advir a procriação e a noção de célula familiar.

Faz-se quase absoluto o predomínio econômico do homem produtor de riquezas sobre a mulher que não participa da produção social, devendo comprometer-se exclusivamente com os seus deveres domésticos no seio do conjunto familiar. Como anota ainda Eduardo de Oliveira Leite, "os papéis dos cônjuges determinados pela sociedade e pelo sexo e aos quais se encontravam confinados até a morte não permitiam qualquer espécie de concessão: às mulheres, a limpeza da casa, da louça, das roupas, a busca da água e a ordenha das vacas; aos homens, o trabalho fora, a troca de mercadorias, o comércio, a aquisição do dinheiro. A estrita segregação dos trabalhos e papéis reservados a cada sexo manifesta, simbolicamente, a subordinação da mulher a seu marido."[3]

A base da família passa a ser o casamento e os vínculos conjugais reproduzem a supremacia do gênero masculino que ganha terreno e espaço sobre a absoluta submissão da mulher. O direito matrimonial segue de início, fortemente vinculado ao cristianismo, para

---

[1] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família*, Juruá: Curitiba, 1991, p.3.
[2] Idem, ob. cit., p.41.
[3] Ibidem, p.275.

depois ceder num outro estágio ao casamento civil, mas sempre afastadas do Direito as relações afetivas dos concubinos, consideradas clandestinas, e de nenhum valor e efeito legal.

Mudam com os anos as configurações familiares e fica reduzida a família nuclear. A família contemporânea reparte as tarefas de buscar no labor extralar o suporte financeiro desta nova unidade conjugal ou de mera convivência informal que passa a valorizar a vida afetiva e não mais o seu modo formal de constituição.

1. O LASTRO MATRIMONIAL

Não obstante as novas e modernas tendências de liberdade da vida conjugal, e familiar, sempre foi do conhecimento dos pares afetivos a necessidade de ser estabelecida a formação de um complexo de bens ou de recursos capazes de dar sustento e segurança à unidade conjugal. Com o casamento formal ou mesmo pela informalidade da união estável, a sociedade de afeto precisa estar estruturada em recursos materiais capazes de atender os encargos da família. O cotidiano sustento da família fica ao encargo da entidade conjugal, satisfeita pelo trabalho externo do casal, pois, salvo poucas exceções, já não mais se liberam do dever paritário de prover a célula familiar.

Os aportes de recursos vindos do trabalho de cada cônjuge, e destinados ao sustento do lar, construíram de outra parte, os diferentes regimes matrimoniais de maior ou de menor comunidade ou de completa separação de bens.

Houve um tempo em que o marido era o administrador de todos os bens, tanto do acervo comum da sociedade conjugal, como dos seus bens e dos bens particulares da esposa, por ele administrados e por ela recuperados com a dissolução do casamento.

A emancipação da mulher fez desaparecer esta prática e tem inspirado a opção pela eleição do regime convencional da separação de bens, onde cada consorte administra e dispõe de seus próprios bens por conta da igualdade jurídica dos esposos.

2. A PRESUNÇÃO DE COMUNIDADE

Todos os bens aportados onerosamente durante o casamento são presumidamente comuns aos cônjuges ou conviventes, salvo as exceções já textualmente previstas em lei. Uma vez extinta a sociedade, também ocorre a extinção do regime patrimonial do casamento, muito embora a separação fática do casal permita reconhecê-la como marco final da comunidade dos bens, pois, uma vez ausente na prática o casamento, afigura-se incoerente manter no campo da ficção os efeitos da comunicação do acervo amealhado por consortes desunidos, e por vezes até já agregados a outros parceiros com os quais já formaram uma outra união. Contudo, a dissolução judicial da sociedade será o termo final da divisão dos bens existentes até a separação de fato, que pode coincidir com a separação jurídica do casal, encerrando formalmente o regime matrimonial de bens. A morte de um dos cônjuges ou conviventes e mesmo o divórcio, também são causas de dissolução legal do regime de bens.

3. A SEPARAÇÃO E SEU EFEITO NA PARTILHA

Quando cônjuges e conviventes inauguram sua relação afetiva, vivem só momentos repletos de felicidade. O quadro muda quando a sociedade afetiva sofre fissura e entre os parceiros nasce um desejo de promover ganhos para recompensa de ressentimentos do descaso ou da rejeição. Neste estágio, estranhamente a sociedade afetiva que não tinha nenhum fim lucrativo, passa a ser capaz de criar toda a variada gama de intrincadas engenharias destinadas a processar alguma forma de desequilíbrio na partilha do seu lastro econômico. Isso usualmente acontece nos regimes de comunidade universal e nos de restrita participação, como no regime legal da comunhão parcial de bens. É que durante a vigência da relação, o caráter oneroso de aquisição dos bens guarda pouca importância quando mesclado por boa dose de paixão, perdendo seu sentido na medida em que se avizinha a separação do casal, os consortes começam a sopesar os custos e seus aportes na aquisição dos bens

partilháveis, especialmente quando a sua compra não contou com a paritária repartição dos recursos.

4. A AUTONOMIA DE VONTADE

No âmbito do Direito de Família a autonomia de vontade sofre ponderáveis restrições, pois os cônjuges não gozam da livre disposição dos bens particulares e do acervo conjugal durante a vigência do casamento, dependendo para a sua disposição do assentimento do cônjuge. Só com o assentimento do consorte o negócio translativo de direitos é eficaz e confere integral disposição sobre o bem. A razão de existência da anuência consiste em conferir validade ao ato de transferência do bem, e existe para evitar conflitos entre os cônjuges que se convertem em vítimas de fraudes perpetradas na evasão de bens comuns que desaparecem no cômputo final da partilha conjugal. Estando o marido na administração dos bens particulares dos cônjuges e também do patrimônio correspondente ao regime de bens matrimonial, não é difícil deduzir que a redução fraudulenta dos bens, com a sua ilícita transferência para terceiros, acabará afetando o valor da divisão final.

5. A FRAUDE

No plano jurídico a fraude é sinônimo de lesão causada pela conduta desleal. No ato conjugal, de quebra da unidade na partilha dos bens, a parte mais débil do casamento ou da união precisa ser processualmente protegida pelos mecanismos legais, que buscam eliminar os nefastos resultados de desequilíbrio econômico e financeiro na divisão dos bens. Fraudes e engenhosas simulações ferem de morte o princípio da igualdade dos bens nos regimes de comunidade matrimonial. O objeto da norma é impedir que o cônjuge administrador subtraia bens da massa comunicável, deles dispondo em transferências fictícias, ou através de aparentes alienações de regular visibilidade, muitas vezes acobertadas pela outorga de esquecidas procurações, quando não sucedidas pelo uso de interposta pessoa.

A verdade é que o uso desvirtuado de contratos civis e comerciais, e especialmente a dinâmica variação da fraude societária têm servido com sucesso para burlar a lei e para inutilizar os frágeis mecanismos de proteção da meação conjugal. Geralmente, pela via da simulação ou da fraude, um cônjuge ou convivente procura prejudicar o outro, e encontra nas figuras societárias com seus variados câmbios, sofisticados recursos orquestrados para prejudicar seu meeiro. As sociedades têm se convertido no veículo mais idôneo e mais apropriado, agindo como um terceiro alheio aos cônjuges.[4]

A fraude bem se presta a este vil propósito, valendo-se a pessoa de um ardil para extrair partido das regras jurídicas e se beneficiar de um direito ou de uma vantagem sobre a qual não deveria se aproveitar.[5] A fraude é um artifício que se estabelece pelo engano, pela astúcia imposta com a vontade de extrair um indevido proveito deste dissimulado ardil. No dizer De Los Mozos,[6] fraude "é todo artifício, maquinação ou astúcia tendente a impedir ou iludir um legítimo interesse de terceiros ou a obter um resultado contrário ao direito sob a aparência de legalidade."

No âmbito do casamento e da união estável, a fraude resultará eficaz sempre que causar por seu intermédio uma redução no acervo comum, e por conseqüência, uma diminuição na meação do cônjuge logrado. Ocorre através de atos de disposição de bens, como consignam os artigos 158 e seguintes do Código Civil, colocando em grau máximo de suspeição, atos como os de transmissão gratuita ou onerosa de bens ou mesmo a remissão de dívidas de pessoas insolventes, e neste quadro genérico, não há como afastar o cônjuge que em vésperas

---

[4] GATARI, Carlos N. . *El poder dispositivo de los cónyuges*, Libreria Jurídica: La Plata,, 1974, p.53.

[5] ITURRASPE, Jorge Mosset, *Contratos simulados y fradulentos*, tomo II, Contratos Fraudulentos, Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires 2001, p.12.

[6] DE LOS MOZOS, J . L . *El negocio juridico,* En Estudios de Derecho Civil: Madrid, 1987, p.465.

de separação se movimenta para esvaziar a massa de bens conjugais, ganhando maior evidência se esta movimentação toma corpo depois de ajuizada a separação do casal.

6. A FRAUDE SOCIETÁRIA

Convém ter presente que a fraude entre cônjuges se realiza amiúde, valendo-se o esposo fraudador da estrutura societária já existente ou de uma empresa especialmente criada para desenvolver a fraude e assim subtrair bens do acervo comum e repassa-los para a pessoa jurídica. O tema é bastante recente na cultura jurídica brasileira e encontra uma norma padrão no artigo 50 do Código Civil. As manobras realizadas através do mau uso da personalidade societária encontram forte eco no Direito de Família, para sonegar alimentos, ou para fraude à meação, pois a incorporação de bens a uma sociedade comercial, ou mesmo o afastamento do cônjuge do quadro societário da empresa conjugal equivale à sua alienação para terceiro.

Embora a alteração de contrato societário idealizado para privar a mulher do exercício de seus direitos sobre os bens comunicáveis seja perfeita quanto ao seu fundo e à sua forma, por ter atendido às condições de existência e validade e, obedecido às regras de publicidade, ainda assim é ineficaz em respeito ao cônjuge ou convivente lesado, porque foi o meio ilícito exatamente usado em detrimento dos legítimos direitos de partição patrimonial.[7]

Tem trânsito no Direito de Família brasileiro a aplicação episódica do superamento da personalidade jurídica sempre que o sócio cônjuge ou convivente procurar através do abuso da sociedade desviar bens particulares, pertencentes à sociedade afetiva e que são deslocados para a sociedade comercial, ou em outra modelagem, quando os bens que já compõem o capital social da empresa são desviados ou reduzidos a um valor irrisório, nada representando no acerto final de composição da partilha. Detectada a manobra arquitetada para gerar uma fraude no direito à partilha do parceiro ou aos alimentos judicialmente arbitrados, a desconsideração da personalidade jurídica procura recompor o patrimônio abusiva ou fraudulentamente dilapidado.

Para Arnaldo Rizzardo,[8] no âmbito do Direito de Família não haveria propriamente a despersonalização, mas a desconsideração da personalidade jurídica que não será considerada, para permitir sejam atingidos os bens postos ao abrigo da sociedade empresarial, e na seqüência, elenca várias situações que caracterizam o desvio de bens, com a finalidade de subtrair o patrimônio na partilha, merecendo destaque dentre as diversas hipóteses, aquelas que ensaiam " a aparente retirada do cônjuge da sociedade comercial; a transferência da participação societária a outro sócio, ou mesmo a estranho, com o retorno depois da separação; a alteração do estatuto social, com a redução das quotas ou patrimônio da sociedade; a transformação de um tipo de sociedade em outro, como de sociedade por quotas para a anônima", dentre outras variantes mais.

7. A FRAUDE PELA MUDANÇA DO TIPO SOCIAL

Na prática processual esta tem sido uma das formas mais corriqueiras de fraude à meação conjugal pela expedita via da manipulação do estatuto social, especialmente eficaz naquelas típicas sociedades de família ou de capital fechado, quando buscam os esposos empresários inviabilizar com esta estratégia a parcial dissolução da sociedade comercial, particularmente nestas sociedades fechadas, que como alerta Luiz Guilherme Loureiro,[9] "não se compadecem com as intromissões de estranhos."

---

[7] MADALENO, Rolf. *A efetivação da 'disregard' no Juízo de Família*, Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 1999, p.64.

[8] RIZZARDO, Arnaldo. Casamento e efeitos da participação social do cônjuge na sociedade, In *Direitos Fundamentais do Direito de Família*, Coord. Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno, Livraria do Advogado Editora, 2004, p.55.

[9] LOUREIRO, Luiz Guilherme. A atividade empresarial do cônjuge no novo Código Civil, In *Novo Código Civil, questões controvertidas*, Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, vol. 2, Método Editora: São Paulo, 2004, p. 241.

Companhias fechadas contam com um pequeno número de sócios e suas ações não são ofertadas ao público no mercado de valores imobiliários, pois não captam recursos para o seu financiamento que vem da contribuição dos próprios acionistas.

Empresas familiares são comuns na economia brasileira, e quando algum de seus integrantes enfrenta processo de separação judicial, pondo em pauta a partilha do seu capital social, repentinamente estas empresas alteram o seu tipo societário. Ao compulsar demandas separatórias discutindo divisão de patrimônio é prática corriqueira deparar com cônjuges e conviventes empresários valendo-se de sociedades anônimas para acobertar e proteger patrimônio societário, que procuram afastar da partilha conjugal.

Começa que o capital das sociedades anônimas se divide em unidades denominadas ações, e nas sociedades fechadas ou de capital eminentemente familiar não costumam emitir títulos e tampouco os anotam no livro de registros de ações. Sua administração não raramente, se confunde com os próprios acionistas controladores, que são seus diretores geralmente perpetuados nos cargos. Controlando de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral, quando a realizam, abusam de seu poder para dirigir as atividades da empresa em formato que nada difere daquele controle que exerciam na empresa limitada, apenas, alterado o tipo societário pelo cônjuge ou convivente em estágio de separação, para poder proteger o patrimônio familiar e atuar, com segurança, em uma sociedade anônima existente somente no mundo da ficção.

Diz Hugo E. Rossi,[10] que extremos deste jaez se dão com reiteração, cometendo lançar mão da desestimação da sociedade anônima de configuração claramente irregular, pois conta em verdade, apenas com os mesmos sócios da primitiva sociedade limitada. Arremata Hugo Rossi,: "os sócios não podem pretender ser tratados como acionistas de uma sociedade anônima se reiteradamente seguem condutas próprias de sócios de outro tipo de sociedade," demonstrando com este seu proceder que não existiu, de fato, o propósito de atuar como uma sociedade anônima.

É o que sucede com preocupante freqüência nas sociedades limitadas, de exclusivo capital familiar, nas quais o cônjuge em demanda de separação altera o tipo originário de uma sociedade limitada para o de uma sociedade anônima de meia dúzia de acionistas, todos comumente pertencentes à mesma família e apenas unidos no propósito de impedir a partilha da empresa na meação do cônjuge adverso. Com este simples expediente deixa de acessar às quotas sociais pela via da apuração de haveres apenas viável, em princípio, se a empresa preservasse a configuração de sociedade limitada.

É de cristalina evidência, o abuso, o mau uso e o desvio da função societária, apenas manejada no propósito de afastar o ingresso do cônjuge na empresa familiar, o que fica mais visível ainda quando são detectadas as irregularidades ou omissões pertinentes à real administração dos gestores de uma sociedade anônima. Na sociedade anônima simulada, os acionistas não se reúnem e nem são convocadas assembléias gerais para deliberações, pois, usualmente é o cônjuge separando, como acionista controlador, que exprime a vontade social que se confunde com a sua própria administração. Por vezes sequer são convocadas assembléias, porque a todos acionistas da família apenas compete em firmar as atas previamente elaboradas, assinando o livro de presença, nada havendo para examinar, discutir e votar, já que seguramente, apenas o diretor que controlava a sociedade limitada segue administrando e deliberando sobre os destinos da sociedade anônima que apenas trocou sua capa externa. Enfim, o administrador familiar da sociedade anônima criada para o processo de separação judicial de acionista diretor, prescinde neste caso, de uma das mais caras atribuições de um administrador de uma sociedade por ações, respeitante ao dever de lealdade para com os interesses e finalidades da empresa, e não dos seus interesses pessoais. Quando

[10] ROSSI, Hugo E. . Actuación anómala y desestimación del tipo en la sociedad anónima "cerrada", sus efectos sobre la responsabilidad de los socios, In *Conflictos en sociedades "cerradas" y de familia*, Coord. Martín Arecha, Eduardo M. Favier Dubois, Efraín H. Richard e Daniel R. Vítolo, Ad-Hoc: Buenos Aires, 2004, pp. 167-170.

assim acontece, está denunciada a farsa montada pelos novos acionistas ao mudarem o tipo social, na contramão da real utilidade da empresa.

São atos como estes que devem ser considerados dentro da margem de movimentação processual encabeçada para a episódica aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, quando patente que a alteração do tipo societário não passou de uma vil transgressão com a finalidade de para boicotar o acesso do outro cônjuge ou convivente a sua meação patrimonial, especialmente ao assimilarmos a advertência de Lucíola Fabrete Lopes Nerilo,[11] de não ser preciso que o cônjuge figure como sócio da empresa para ser engendrada a fraude com a utilização da personalidade jurídica.

Não foi outro o caminho enveredado pela maioria da Quarta Turma do STJ brasileiro, no REsp 11294/PR, julgado em 19 de setembro de 2000, com a relatoria do Ministro Barros Monteiro, lavrando o voto vencedor o Ministro César Asfor Rocha, ao admitir a dissolução parcial em sociedade anônima familiar, ao perceber o engessamento dado aos sócios minoritários, no que, ao seu modo, em nada difere do cônjuge ou convivente de acionista que figura como meeiro, e, portanto, como sub-sócio.

A ementa se faz suficientemente elucidativa ao estabelecer que:

> "Direito Comercial. Sociedade Anônima. Grupo Familiar. Inexistência de lucros e de distribuição de dividendos há vários anos. Dissolução Parcial. Sócios Minoritários. Possibilidade. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido."

8. A FRAUDE NA SUCESSÃO EMPRESARIAL

Outra prática de fraude societária acontece na sucessão empresarial, com danosos efeitos tanto para a meação do cônjuge ou convivente, isto quando não for projetada para ferir direitos hereditários. A desconsideração da personalidade jurídica não é desconhecida para o direito sucessório, especialmente quando o art. 1.846 do Código Civil dispõe pertencer aos herdeiros necessários a metade dos bens da herança, constituindo-se na intangível legítima que obedece à ordem de vocação hereditária do art. 1.829 da vigente codificação civil.

Gilberto Gomes Bruschi[12] trata do tema e aduz ter o herdeiro necessário direito de garantir a intangibilidade da legítima, podendo recuperar o seu quinhão na herança, ainda que doações ocultas sejam dissimuladas em contratos de constituição e de alteração de sociedade e enfatiza com o clássico exemplo das sociedades constituídas entre pais e filhos, realizadas para beneficiar alguns em detrimento de outros herdeiros.

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira também não se escusam de enfrentar tão instigante tema que possibilita a fraude à legítima "por meio da transmissão disfarçada de bens a certos herdeiros na forma societária. Constitui ato abusivo a constituição de sociedade com atribuição de cotas ou ações em favor de herdeiros sem o efetivo ingresso de capital por parte deles (...) sendo cabível, em tais circunstâncias, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, para que se reintegre o herdeiro prejudicado na plenitude dos seus direitos legitimários na herança."[13]

---

[11] NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade limitada no novo Código Civil*, Juruá: Curitiba, 2004, p.67-68.

[12] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, Editora Juarez de Oliveira: São Paulo, 2004, p.137.

[13] AMORIM, Sebastião & OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas, Direito das Sucessões, teoria e prática*, Livraria e Editora Universitária de Direito, 15ª ed., 2003, p.375.

Este é o recurso capaz de alterar o regime legal e de ordem pública, aplicável à legítima dos herdeiros necessários,[14] não podendo ser esquecido que na atualidade herdeiro necessário também é o cônjuge que pode ser prejudicado com o abuso societário tanto em sua legítima como em sua meação.

Nada impede, por exemplo, na separação de fato, que o ex-marido promova transferência de quotas sociais para a sua atual companheira, simulando aumentos de capitais registrados em alterações contratuais da sociedade, até o completo esvaziamento de sua participação social na empresa, diluindo com esta singela estratégia os quinhões hereditários dos filhos do primeiro casamento e a herança da ex-mulher que sucederia no patrimônio particular do esposo, nas hipóteses do inciso I, do art. 1.829 do Código Civil.

De igual, não pode ser descartado o caminho inverso, quando o companheiro procura esvaziar a meação de sua parceira, agregando quotas aos filhos da relação anterior, tirando assim, direitos pertinentes à meação da companheira com quem iniciou o empreendimento empresarial, mesmo que ela não figurasse no contrato como sócia.

9. A FRAUDE PELA INTERPOSTA PESSOA

Mas, nem todas as separações contam com o sofisticado uso da máscara societária como bem elaborado instrumento de fraude à meação conjugal. O uso abusivo da sociedade é comparado ao auxílio fraudatório de uma interposta pessoa, representada neste caso pelo ente jurídico, mas que no Direito de Família também encontra larga prática pela interposição de pessoas físicas de terceiros usualmente arrecadados entre os amigos mais próximos do cônjuge, seus parentes, ou subalternos que bem se prestam para servir como testas-de-ferro, prontos para prestarem solidariedade à fraude e darem ares de legalidade aos atos de disposição, resultantes na diminuição da meação conjugal.

Induvidoso considerar que a incorporação de bens em uma empresa equivale à sua alienação em nome de um terceiro, como uma versão mais *popular* da desconsideração da personalidade jurídica, posta à serviço o cônjuge ou convivente sequioso por frustrar os direitos de seu parceiro, mas não podendo contar com o véu societário utiliza-se de terceiro que lhe empresta o nome para contracenar a falcatrua.

10. A BOA-FÉ

A fraude através da interposição de um terceiro para merecer a desconsideração judicial da transferência do bem, prescinde da demonstração de inteiro conhecimento do prestanome que contracena na peça montada para lesar direito alheio. Assim, deve ser visto, porque um dos aspectos mais importantes do Direito reside na proteção do terceiro adquirente de boa-fé. O fundamento de proteção ao terceiro adquirente de boa-fé que despendeu reais recursos para a compra de um bem é protegido pelo Direito, buscando evitar que sofra dano decorrente da anulação do seu título de aquisição e em cuja validade confiou.

Como para muitos daqueles que querem com a fraude alterar direito de seu parceiro, fica muito distante e inviável, o sofisticado uso da personalidade jurídica, se lhes apresenta mais acessível contar com um complascente amigo, ou parente ou mesmo uma pessoa qualquer que nada tenha a perder, e que, em troca de alguns trocados, ou por mero favor, se dispõe a contracenar em um negócio fictício engendrado para violar a meação do inocente consorte ou convivente.

Simulações nesta área são freqüentes no âmbito do Direito de Família, com o desejo de prejudicar ao parceiro, quer para privá-lo dos alimentos a que tem direito, seja privando-o de sua meação na separação judicial. Por vezes, até se misturam estes favores de terceiros próximos com a interposição de um parente que, por exemplo, assume a direção da empresa que outrora pertencia ao esposo, permitindo com esta singela operação defender em juízo uma

[14] MADALENO, Rolf. *A disregard na sucessão legítima*, In Direito de Família, aspectos polêmicos, Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2ª ed., 1999, p.131.

aparente insolvência que o impede de pagar alimentos por haver deixado de ser um próspero empresário, como de igual retira da partilha as quotas societárias.

Pode acontecer de um pai comprar com o dinheiro do filho, mas em seu nome a moradia destinada ao próprio descendente, assim que, a pessoa interposta é o elo utilizado para ocultar a personalidade do verdadeiro titular contratante, retirando o imóvel da partilha ou do rol de garantias de débito alimentar.

Mesmo para situações surgidas depois da separação judicial estes *homens de palha* seguem prestando valioso auxílio na fraude aos direitos dos ex-cônjuges ou ex-conviventes, ou dos filhos destas uniões desfeitas, especialmente no campo dos alimentos que nunca podem ser cobrados por execução sob constrição patrimonial, porque os bens do devedor são comprados em nome de interpostas pessoas. Embora, a olhos vistos, se trate de mero coadjuvante, sem recursos e, portanto, sem origem capaz de justificar o acréscimo patrimonial que, casualmente serve aos interesses do devedor de alimentos, como no caso de uma propriedade imobiliária posta então em locação ou simulado comodato, ou mesmo de um automóvel de uso exclusivo do relapso devedor, registrado em nome do testa-de-ferro.

Com freqüência surgem situações de ex-cônjuges que experimentam um novo relacionamento, nada comprando em seu nome próprio, embora desfrutem de todo o conforto e comodidade dos bens adquiridos em nome da nova companheira, que está como titular do luxuoso automóvel, dirigido pelo franciscano parceiro, em contraste com o veículo mais modesto e de corrente uso da rica companheira, que figura como proprietária de todos os bens visíveis. Diante de qualquer ameaça ao seu patrimônio por conta dos sagrados créditos de direito familiar e logo se rebelam os terceiros que, com tanta facilidade emprestam seus nomes, para mais uma vez agirem em aparente e simulada legalidade, agora opondo embargos para consolidar sua abjeta maquinação, em total afronta aos mais caros direitos.

Frisante exemplo de fraude sucede com o crédito alimentar, ou em outra hipótese que em nome de interposta pessoa o devedor de alimentos movimenta sua conta corrente e suas aplicações financeiras, assim postas a salvo da execução judicial, sempre se servindo da caridosa e providencial ajuda de um presta-nome que lhe outorga mandato, com amplos poderes, para a livre utilização destes recursos, podendo assinar cheques, promover resgates e transferências em transações acobertadas pelo nome de uma terceira pessoa. Até do cartão de crédito pode dispor como dependente do amigo titular, atuando à luz do dia, com total mobilidade, seguro de que não poderá ser alcançado pelos curtos braços da lei incapazes de superar pelo formalismo legal estes engenhosos atos de simulação.

Caso freqüente de fraude também surge da compra da moradia conjugal por contrato particular, em nome de interposta pessoa, ausente a escritura e o registro imobiliário que pode ser física ou jurídica, encarregada de reivindicar, em juízo, a posse do imóvel e de lá desalojar a mulher e os filhos que permaneceram na habitação.

Conforme lição de Jorge Mosset Iturraspe,[15] na interposição fictícia o sujeito que apenas emprestou seu nome não adquire realmente direitos e nem obrigações, porque somente atua para encobrir ao verdadeiro contratante, sendo papel do Judiciário desvendar a simulação para eliminar a pessoa interposta e reconhecer o devedor ou meeiro conjugal como o verdadeiro e ostensivo interveniente, destinatário do contrato desconstituído.

Quando terceiros concorrerem como veículo de perpetração da fraude ao direito familiar, buscando retirar os bens que formam a meação, ou a garantia alimentar, uma vez demonstrada a simulação, não é necessário que a parte prejudicada ainda precise promover demorada ação para desfazer a fraude, interpelando a pessoa interposta. Como ocorre na desestimação da personalidade jurídica, deve o decisor declarar episodicamente e no ventre da separação judicial, da ação de partilha, ou até da execução alimentar, a mantença deste bem na meação, ou sua correlata compensação.

A sentença judicial proferida na separação ou nos embargos à execução de alimentos opostos pelo terceiro figurante deflagrando a mera aparência do contrato, irá servir como

---

[15] ITURRASPE, Jorge Mosset. ob. cit., Tomo I, p. 182.

título hábil para repatriar o domínio ao cônjuge ou convivente privado do bem pelo negócio fictício. Desvendada a fraude, voltam as coisas ao seu real estado jurídico que estava oculto pela falsa aparência contratada com o conivente auxílio de interposta pessoa, operando-se o restabelecimento da verdade, seja na execução alimentar ou na ação que discute a partilha, sem necessidade de nova escrituração, pois a sentença judicial discorreu o véu que escondia a realidade do contrato clandestino feito apenas para enganar o cônjuge, convivente ou alimentário.

Serve para o terceiro, pessoa física, o que já foi dito para a pessoa jurídica, pois o contrato idealizado para privar o cônjuge ou convivente do exercício de seus direitos sobre os bens comunicáveis, ainda que pareça tecnicamente perfeito quanto ao seu fundo e à sua forma, por ter atendido às suas condições de existência e de validade, e obedecido às regras de publicidade, é ineficaz em respeito ao parceiro lesado, porque foi exatamente o meio ilícito usado para ferir os legítimos direitos de partição patrimonial. Diante deste quadro de indisfarçável ilicitude, cabe ao decisor, simplesmente desconsiderar na fundamentação de sua sentença judicial o ato lesivo cometido através deste terceiro que emprestou o seu nome, por favor, ou por contraprestação pecuniária, em decisão promovida no próprio processo de separação judicial ou de dissolução de união estável, isso quando não estiver julgando os embargos opostos pelo prestanome à execução alimentar.

11. A FRAUDE NO CASAMENTO DO CÓDIGO CIVIL

Os bens comunicáveis de um dos esposos podem sair legitimamente de seu patrimônio mediante a sua regular disposição, muito embora tenham saído em muitos casos, em virtude de negócio simulado, ou de um negócio verdadeiro realizado com a intenção de prejudicar o consorte. Segundo Carlos Vidal Taquini[16] fraude no regime matrimonial é toda a manobra de um cônjuge tendente a falsear o resultado da partilha e fraude grassa com certa facilidade no campo do casamento, muito embora tenha melhor trânsito no livre território da união estável, com a venda de bens a terceiros, escondendo de seu parceiro a realização da transação com os bens comunicáveis, omitindo o seu estado civil ou a sua relação de união estável.

Começa que nem sempre irá constar dos registros imobiliários o estado conjugal do titular de bem imóvel, como acontece no regime de comunhão universal quando não foi averbado no Ofício de Imobiliário, o posterior casamento Já no regime da comunhão limitada, a fraude surge quando proposta a separação judicial, ficando para outro momento a partilha dos bens. Contudo consignam no Registro de Imóveis a separação judicial e omitem a ausência da partilha, permitindo acreditar aos mais incautos, que tão-só a separação judicial habilita a alienação unilateral de imóveis.

Inácio de Carvalho Neto[17] aventa a hipótese da venda de imóvel após a separação judicial, sem que tenha sido informada a reconciliação oficial dos cônjuges, sendo procedida a venda dos bens que voltaram a se comunicar.

12. A FRAUDE NOS REGIMES DE BENS.

No novo regime da participação final dos aqüestos, que outorga a livre administração dos bens (arts.1.647, 1.656, 1.673, § único), tornou-se relativamente fácil a alienação de bens conjugais entre pessoas casadas.

No casamento da separação absoluta de bens, obrigatória ou convencional, prescreve o artigo 1.647 possam os cônjuges alienar os bens imóveis sem a autorização do outro. Deve ser lembrado que no regime obrigatório da separação de bens tem sido aplicada a Súmula 377 do STF, ordenando a partilha dos bens adquiridos onerosamente, na constância do casamento, transmutando o regime legal da separação de bens em regime de comunhão parcial.

---

[16] TAQUINI, Carlos H. Vidal. *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª e., Astrea: Buenos Aires, 1990, § 304, p.362.

[17] CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio, teoria e prática*, Juruá: Curitiba, 1998, p.271.

Como anota Priscila Correa da Fonseca:[18] " Quando o regime da separação resulta de imposição legal, a jurisprudência já se pacificou acerca da questão, cristalizando-se o entendimento pretoriano na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Presumem nossos tribunais que, entre os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória, verificou-se uma sociedade de fato, representando os bens, o produto do esforço comum."

Em realidade, tende mesmo sob a égide da nova codificação civil prevalecer a adoção da Súmula 377 do STF, como faz ver Silvio de Salvo Venosa ao argumentar que: *" Nova discussão sobre a matéria será aberta, doravante, com o novo Código. Acreditamos, embora seja um mero vaticínio, que mesmo perante o novo Código, será mantida a orientação sumulada, mormente porque, como vimos, o texto final do novo diploma suprimiu a disposição peremptória."* [19]

Muito mais quando no Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil, presidida pelo Deputado Ricardo Fiuza, foi mantida a redação do atual artigo 1.641 do CC, permitindo a comunicação dos aqüestos no regime de separação de bens, com a seguinte justificativa: "Em se tratando de regime de separação de bens, os aqüestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377)."

Desta forma, convertendo-se o regime da separação legal de bens em regime de comunidade dos aqüestos, fica aberta a brecha legal do art. 1.647 do Código Civil, quando permite o inciso I, que no regime da separação absoluta de bens possam ser alienados os bens imóveis, olvidando-se que o regime obrigatório da separação de bens eqüivale pela da Súmula 377 do STF ao regime limitado de comunhão dos aqüestos.

Logo, até que o Judiciário declare os bens comunicáveis na separação legal de bens, pela Súmula nº 377 do STF, todos os bens já podem ter sido alienados por permissão do art. 1.647. Também existe a facilidade do art. 978 do CC, quando permite que em qualquer regime de bens, sem a necessidade de outorga conjugal, o cônjuge possa vender os imóveis do patrimônio da empresa.

13. A FRAUDE NA UNIÃO ESTÁVEL

Igual temor de fraude pode ser detectado nas relações informais, na comunhão de aqüestos que se instala entre os participantes de uma união estável. Isso porque, na convivência o casal não altera o seu estado civil, que segue sendo o anterior ao relacionamento e, se o homem é solteiro e possui bem imóvel comunicável, porque adquirido na constância da convivência e registrado apenas em seu nome pessoal, nada impede que possa alienar para terceiro de boa-fé. Em tese, a escritura de venda deveria ser outorgada pelo casal convivente, diz Zeno Veloso,[20] mas nada disto prescreve a lei. O prejuízo acabará sendo arcado pelo meeiro que imprevidente, confiando cegamente no seu comunheiro, deixou que o bem lhe escapasse da necessária divisão, sendo improvável logre retomá-lo do terceiro de boa-fé, ou o seu valor equivalente em dinheiro.

Álvaro Villaça Azevedo diz haver alertado o legislador quando propôs o acréscimo de um parágrafo único ao art. 1.725 do Código Civil, obrigando aos companheiros que contratassem com terceiros, mencionarem a existência de sua união estável e a titularidade do bem posto em negociação, para deste modo ressalvar a sua boa-fé.[21]

Embora a providência resguarde o terceiro adquirente de boa-fé, sendo medida eficiente na relação dos companheiros com terceiros e destes para com os seus credores, em nada favorece ao convivente ludibriado, que seguiria deparando com o seu parceiro insolvente e sem meios

---

[18] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Regime de bens do casamento, *Casamento, separação e viuvez*, Coord. Carla Leonel, editora CIP: São Paulo, 1999, p.55.

[19] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*, Atlas: São Paulo, 3ª e., 2003, p.177.

[20] VELOSO, Zeno. *União estável*, Editora Cejup: Belém, 1997, p.86.

[21] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, vol. 19, 2003, p.272.

de ser ressarcido diante da integral proteção do terceiro de boa-fé, e da convalidação do negócio jurídico encetado. Falta ao texto codificado, fórmula capaz de amenizar as perdas materiais causadas à meação do convivente pela dolosa fraude cometida por seu parceiro ao vender bem comum, omitindo na escritura, a existência da união estável e do condomínio sobre o imóvel vendido. Mesmo que o texto legal mandasse declinar em contrato de venda a indicação da situação de estável convivência, sob pena de perdas e danos e de tipificação de ilícito penal, a ensejar processo criminal, não subsiste qualquer mecanismo preventivo de redução dos riscos, como ocorre no casamento, com a exigência da outorga do cônjuge para a venda de bem imóvel.

Foi o que apontou de imediato Álvaro Villaça de Azevedo ao prescrever que: " o maior perigo está na alienação unilateral de um bem, por um dos companheiros, ilaqueando a boa-fé do terceiro, em prejuízo da cota ideal do outro companheiro, omitindo ou falsamente declarando o seu estado concubinário. Nesse caso, o companheiro faltoso poderá estar, conforme a situação, se o bem for do casal alienando, *a non domino*, a parte pertencente ao outro, inocente." [22]

Portanto, para os conviventes a legislação nova não trouxe garantias ligadas á exigência de outorga do convivente, muito embora a tentativa legislativa de reduzir os riscos de venda de bem da união estável, já existisse desde o Projeto de Lei nº 2.686/96, o chamado Estatuto da União Estável, que buscava regulamentar a união estável em um texto consolidado.[23]

14. A OUTORGA DO CONVIVENTE

Francisco Cahali já cuidou do tema pertinente à dispensa de autorização da outorga do convivente para a venda de imóvel.[24] Ao contrário da união estável onde a legislação é totalmente omissa, na instituição matrimonial, o art. 1.647 do Código Civil, condiciona a autorização do outro cônjuge para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; para prestar fiança ou aval e para fazer doação de bens comuns, ou que venham a integrar futura meação. As duas únicas e perigosas exceções respeitam ao casamento realizado no regime legal da separação total de bens, como já visto quando o legislador esqueceu da aplicação da Súmula 377 do STF, e no regime da comunhão final dos aqüestos, que é muito propícia para levar o cônjuge à deliberada insolvência.

Assim, resta incontroverso que no âmbito da união estável, em contrapartida ao casamento, há irrestrita liberdade dos conviventes na disposição de seus bens particulares e comuns, bastando que não se tratem de imóveis adquiridos em condomínio, pois este é averbado no Registro de Imóveis. Não havendo condomínio, "inexiste qualquer restrição ao proprietário para a alienação ou imposição de ônus real imobiliário, dispensada a anuência e concordância do seu companheiro, independentemente de tratar-se de bem exclusivo do titular, ou com participação do outro em decorrência da presunção legal ou contratual."[25]

Realmente, é estranho que não tenha o novo legislador se movimentado na busca de alguma fórmula de proteção do patrimônio da família constituída pela informalidade da união estável. Talvez preocupado em não engessar a circulação dos bens daquele que vive na clandestinidade dos registros públicos, já que a confirmação pública de suas uniões depende da declaração judicial de sua existência. É que no casamento há precedente registro oficial da relação e na união estável não, nada impedindo a fraudulenta venda dos bens comuns. Curiosa desigualdade, pois a outorga no casamento é condição de validade do negócio jurídico, diz

---

[22] AZEVEDO, Álvaro Villaça, Idem, p.273-274.

[23] O art. 5º do Projeto de Lei nº 2.686/96 rezava que: "Nos instrumentos que visem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos, entre os companheiros, e aplicadas as sanções penais cabíveis."

[24] CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*, Saraiva: São Paulo, 2002, p.180-181.

[25] Idem, p.182.

Luís Paulo Cotrim Guimarães,[26] e na união estável não existe igual cautela, deslocando-se a discussão para a área da indenização por perdas e danos, capaz de gerar com a sua procedência o ressarcimento em dinheiro, ou a compensação com outro bem, só sendo cogitada da anulação da venda se restar demonstrada a má-fé do terceiro comprador, que com malícia, atuou como testa-de-ferro do convivente vendedor.

No casamento o negócio sequer se consolida sem o consentimento do cônjuge, enquanto na união estável a mera omissão de convivência do vendedor, sendo o fato desconhecido do comprador, convalida a venda em detrimento do parceiro ludibriado pela ligeireza de seu convivente em se desfazer do imóvel. Calha ter presente a lição pontual de Luís Cotrim Guimarães, quando observa ser a outorga conjugal uma formal solenidade, essencial à validade do negócio jurídico, sem ser essencial à validade da alienação imobiliária feita por convivente.[27]

A ausência de outorga no casamento, não suprida pelo juiz, quando imotivada a recusa do outro cônjuge, torna anulável o ato, cuja demanda de anulação prescreve, se não intentada em até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

A união estável confere aos conviventes apenas um direito pessoal ao patrimônio amealhado na constância da união estável, enquanto no casamento este direito é real. Toda a dificuldade de controle de dilapidação dos bens comuns na união estável reside no fato de não existir registro público do condomínio dos conviventes, desaparecendo deste modo, qualquer espécie de restrição para a livre venda pelo outro parceiro. Tarefa do legislador está em criar um mecanismo semelhante ao do casamento, capaz de inibir a dolosa fraude da venda de bens da massa patrimonial da união estável, já tendo sugerido Álvaro Villaça de Azevedo que constasse do contrato de venda a obrigatória afirmação de inexistência de relação estável ou que o imóvel vendido é bem apresto, e, portanto, incomunicável. Qualquer destas soluções apenas reforçaria a intenção dolosa do vendedor, viabilizando somente a anulação da venda, uma vez constando do contrato a indicação da união estável e a incidência de condomínio sobre o imóvel vendido. Seria tarefa de o convivente prejudicado provar que o terceiro era pessoa meramente interposta, agindo em conluio com o vendedor, a quem não cometia desconhecer a união estável, pois caso em contrário, a venda será havida como juridicamente correta, pois não há exigência de prévio consentimento de venda do parceiro na união estável.

Questiona-se acerca da validade dos contratos de convivência servirem como instrumento de averbação no ofício imobiliário, advindo entendimento de que a união estável confere a seus participantes um direito pessoal ao patrimônio adquirido durante a convivência, não existindo registro público do condomínio, salvo que averbem o contrato de convivência, pois do contrário inexistirá qualquer restrição para que um deles promova a alienação de bem imóvel.

Por conta disto, arremata Luís Paulo Cotrim Guimarães,[28] que por falta de previsão legal não é possível pretender invalidar negócio jurídico de venda de imóvel por convivente que se ressente de colher o assentimento de seu parceiro estável.

Contudo nos dias atuais, e bem diferentes do que representava no passado, são geralmente as ações e as quotas sociais de empresas conjugais ou de uniões estáveis os bens mais valiosos da sociedade afetiva de cônjuges e conviventes, merecendo ser ampliado o pleito de exigência da outorga conjugal e do convivente, para, deste modo, inibir a fácil redução maliciosa da meação do parceiro. Certamente o perigo maior ocorre justamente na livre disposição de valores financeiros e de participações societárias, quando sabidamente a riqueza mais circula pelos bens ainda livres e dispensados da outorga, especialmente as empresas que podem comprar em seu nome os imóveis que servem aos interesses particulares dos cônjuges e conviventes e, pior ainda, como já denunciado, podem os empresários vender livremente os

[26] GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente*, RT: São Paulo, 2002, p.37.

[27] Idem, ob. cit., p.38.

[28] GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Ob. cit., p.101.

imóveis da empresa, sem necessidade alguma do consentimento de seu cônjuge ou parceiro, como visto pelo art. 978 do CC.

15. A INDENIZAÇÃO PELA INOPONIBILIDADE

Como no casamento, também na união estável deveria ser exigido o assentimento do convivente para a alienação de bem imóvel. A doutrina identifica na união estável e com inteira razão, um verdadeiro conflito entre o direito do terceiro adquirente de boa-fé e o do companheiro co-proprietário que não figura no título de propriedade, Marilene Silveira Guimarães[29] defende a anulabilidade dos atos praticados sem a outorga na união estável, forte no art. 178 do CC e em equiparação ao matrimônio.

Por vezes, nem sempre a anulação surge como a melhor solução para resolver a alienação que se ressentiu do assentimento do cônjuge ou do convivente. Enquanto o ato de disposição efetuado pelo cônjuge administrador é válido e eficaz entre as partes contratantes, é ineficaz para o cônjuge que deixou de prestar o seu consentimento. Se for considerado anulável, valerá enquanto sentença não desfizer o ato, parecendo mais prático apenas considerar inoponível a alienação em relação ao meeiro, colocando o terceiro à salvo da ameaça de anulação da venda, mas permitindo que a porção do cônjuge prejudicado fique resguardada pela compensação com outros bens, sem ser necessário reintegrar à massa o imóvel alienado. A inoponibilidade só existe em relação ao cônjuge ou convivente que deveria prestar o seu assentimento com a vantagem adicional de ser deduzida no juízo da partilha, sem precisar promover morosa ação de anulação que nem sempre resultará favorável quando presente a boa-fé do terceiro adquirente. Em realidade, o bem vendido retorna ficticiamente à massa partilhável, como se a disposição não tivesse acontecido e, entre o cônjuge vendedor e o terceiro comprador o ato de alienação produz todos os seus efeitos, como se não existisse a inoponobilidade, apenas desestimando o negócio fraudulento sem perder tempo com a sua anulação. O negócio é válido mas, inoponível ao consorte olvidado na transação, facultando ao cônjuge prejudicado, a possibilidade de acusar a fraude e de ser compensado com valores equivalentes ou com outros bens, sem precisar acionar pela anulação do negócio. O arbítrio protetor desta fórmula é impedir o prejuízo com a compensação declarada no corpo da ação de partilha, sempre que houver bens para ressarcirem o prejuízo.

16. UMA SOLUÇÃO ARGENTINA

O artigo 1.294 do Código Civil argentino permite que um dos cônjuges peça a judicial separação dos bens quando a má administração do outro acarreta perigo de perder sua meação sobre os bens comunicáveis, ou quando ocorrer o abandono fático da convivência. É cautela conferida ao cônjuge que não quer correr qualquer risco de assistir incrédulo e inerme a eventual dilapidação de sua meação. Por má administração entenda-se a gestão ineficiente dos bens, causada por falta de aptidão ou pela negligência do administrador, com atitudes dispendiosas, isto quando não estiver simplesmente determinado a prejudicar seu cônjuge, emprenhado em uma administração voltada apenas para arruinar ou destituir a esposa de sua meação, enriquecendo o marido de modo ilícito e desleal. A causa está destinada a proteger o futuro direito de o cônjuge poder partilhar integralmente os seus bens comunicáveis com a posterior separação judicial. Maria Josefa Méndez Costa,[30] diz que este recurso legal está amparado no interesse comunitário, de que cada cônjuge realize uma administração isenta de negócios prejudiciais para a economia familiar.

A medida judicial de prévia separação dos bens comuns focaliza a potencialidade do dano, que pode ser causado pelo cônjuge administrador, mesmo que não existam indicações ainda

[29] GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Novo Código Civil, questões controvertidas*, Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, "A necessidade de outorga para a alienação de bens imóveis", Editora Método: São Paulo, 2004. p.298.

[30] COSTA, Maria Josefa Méndez. *Código Civil comentado*, Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2004, p.240.

da má administração, pois, o que importa ao fim e ao cabo, diante da evidente e irreversível separação do casal, é apenas tentar evitar o dano.

O art. 1.297 do Código Civil argentino reputa ser simulado e fraudulento qualquer arrendamento realizado pelo marido depois do ingresso pela mulher da ação de separação judicial de bens, sem contar com o seu consentimento, ou com a supressão judicial. E na seqüência, o art. 1.298 inquina de fraudento qualquer contrato do marido, anterior à demanda de separação de bens, buscando restringir atos fraudulentos em prejuízo do outro cônjuge ou convivente que levem a redução da sua meação e à diminuição das rendas devidas à esposa. Desse modo, existindo outros bens que compensem a desleal redução, não é preciso levar às últimas conseqüências da revocatória do negócio realizado em fraude à meação, bastando a sua compensação com os bens remanescentes, até o montante do prejuízo causado.

17. OUTRA SOLUÇÃO ARGENTINA

Por sua vez, o segundo artigo da Lei nº 13.944 de 1950, trata, na Argentina, do "*incumprimento dos deveres de assistência familiar*" e reprime com pena de um a seis anos de prisão, quem elidir obrigação alimentícia, destruindo maliciosamente, inutilizando, danificando, ocultando, ou fazendo desaparecer bens de seu patrimônio, ou ainda, quem fraudulentamente diminui o valor de seus bens e assim frustra, em todo ou em parte, o cumprimento do dever alimentar. Teve este dispositivo, a pretensão de tipificar o delito de insolvência alimentar fraudulenta, sob o fundamento de brindar uma proteção mais ampla à família. A materialidade do delito consiste em frustrar o cumprimento das obrigações alimentares por aquelas pessoas que se colocam em situação de insolvência e frustram, no todo ou em parte, os créditos alimentícios.

Conforme preciosa lição de José Alberto Romero,[31] a comprovação das condutas que levam o devedor de alimentos à insolvência é admitida através de indícios e de presunções que adquirem no contexto um valor de convencimento muito grande quando observados por fatos como: a falta de capacidade econômica de quem figura como adquirente; a ausência de demonstração sobre a origem do dinheiro; a ausência de interesse na realização do ato, como a de um empregado do comércio que compra instrumento de um consultório médico; a existência de uma estreita vinculação entre as partes (parentes próximos, amigos íntimos ou relação de convivência ou concubinato); a ausência dos efeitos próprios do ato celebrado, como o fato de os bens não terem saído da posse de vendedor e este segue atuando como se dono fosse; o caráter gratuito da negociação; a circunstância do tempo em que se realizou a operação (como por exemplo, ante a iminência de uma medida cautelar ou do processo de separação judicial).

A importância do precedente argentino, remonta exatamente na viabilidade de a fraude ser apurada através dos indícios e das presunções.

18. A FRAUDE PELA FORMAÇÃO DE DÍVIDAS

Todas as dívidas contraídas depois da separação de fato são apenas de quem as contraiu, que por elas responde com os seus próprios bens. Apenas as dívidas comuns são exigíveis aos cônjuges contratantes do respectivo débito, desde que demonstrado terem sido contraídas em benefício da família. Entenda-se por gastos familiares todos aqueles custos que ingressam na esfera de responsabilidade dos cônjuges para dar suporte econômico à célula familiar, como alimentação, educação e os custos ordinários na manutenção da habitação conjugal. Embora tenham sido contraídas apenas por um dos cônjuges, em nome próprio, são consideradas dívidas comuns porque destinadas a atender ao regime conjugal.

Em tempos precedentes à Carta Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade conjugal, era dever precípuo do marido a função de prover a manutenção da família, como atributo inerente à chefia da sociedade conjugal. Naquela superada modelagem social, aos olhos da sociedade o

[31] ROMERO, José Alberto. *Delitos contra la familia*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2001, p.77.

marido como chefe da sociedade conjugal, era visto como a pessoa a quem competia o dever de prover a família, detendo o poder de vincular os cônjuges por dívidas contraídas no interesse da célula familiar.

Conforme José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz,[32] o marido comanda a vida econômica da família, tocando-lhe a direção do orçamento da família, administrando os bens comuns e particulares, carregando uma autorização presumida para onerar o patrimônio do casamento quando se tratar de despesas para a aquisição de coisas destinadas à gestão do lar.

Foi a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 que limitou a versão codificada de 1916, que dava ao marido carta branca para administrar os bens conjugais e passou a reconhecer como comunicáveis somente as dívidas contraídas em benefício da família e destinadas às necessidades da economia doméstica.

Conforme Silvio Rodrigues, a Lei nº 4.121 de 1962 alterou o panorama da comunicação das dívidas conjugais, não comprometendo a meação da mulher, a constituição de dívidas do marido para com terceiros, por títulos que não contivessem a assinatura de sua esposa, apenas respondendo a meação do marido pelo resgate de tais débitos. E acrescenta que "não raro acontecia de o cônjuge varão, devido a maus negócios, reiterados e sucessivos, ia aumentando seu débito sem conhecimento da esposa. Num dado momento era esta surpreendida com uma série de execuções contra o patrimônio comum e via, de uma hora para outra, todos os bens do casal serem, pelos credores, penhorados e praceados. A família era conduzida de uma situação de relativo fastígio para a total miséria, em decorrência do comportamento desastrado do marido com a total ignorância da esposa." [33]

Mas isso quando as dívidas realmente haviam sido contraídas pelo marido e, sem nenhuma habilidade na administração, que numa sucessão de equívocos na prática dos negócios, acabou comprometendo o ativo conjugal. Também não raro, acontecia de o marido forjar dívidas com diversas pessoas por ele interpostas, na falsa formação de débitos, geralmente encenados pela criação de contratos ou confissões de dívidas ou pela emissão de cheques e de notas promissórias sem qualquer real correspondência de débito, tão-só geradas para permitir a cobrança e se necessário, o praceamento judicial, reduzindo ficticiamente o ativo conjugal, que depois da separação judicial retornava para as mãos do marido.

Foi o 3° artigo da Lei nº 4.121 de 1962 que amparou especialmente a mulher, tendo em mira a sua proteção ao ser usualmente visada na fraude conjugal. Ao não firmar títulos de dívida, pode defender a sua meação, salvo se demonstrado que as dívidas beneficiaram a família. E embora seja comum observar ameaças do cônjuge em estágio de separação, de existirem impagáveis dívidas conjugais, capazes de aniquilarem o ativo do patrimônio matrimonial, pífio efeito terá o argumento se não restar demonstrado que a dívida resultou de inequívoco benefício à família conjugal, soterrando definitivamente o expediente conjugal de o marido simular dívidas forjando títulos de créditos forjados para aniquilar a meação de seu parceiro conjugal.

19. A PROVA DA FRAUDE E DA SIMULAÇÃO

É bastante controvertida a matéria pertinente à prova na fraude e na simulação, particularmente no âmbito do Direito de Família, com posições doutrinárias em todas as direções. Há versões dizendo ser ônus probatório de quem denuncia a fraude, outras dizendo deva ser invertida a carga probatória em se tratando de pessoa hipossuficiente.

Modernamente, parece imperar como regra de processo, incumbir ao juiz analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquirir a quem competiria o *ônus probandi.*,[34] isso porque os direitos indisponíveis do Direito de Família fortalecem os poderes instrutórios

[32] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. & MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família*, Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1990, p.313.
[33] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Direito de Família*, Saraiva: São Paulo, vol. 6, 2003, p.164-165.
[34] Como decidiu o STJ no REsp. 11.468-0-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 11.05.1992.

do juiz no comando da prova, conforme disposição do art. 130 do CPC. Acresce Sandra Santos que "no diploma processual civil brasileiro, as ações relativas a direito indisponível merecem tratamento diferente, principalmente, no que concerne ao campo probatório, pois que ao lado da iniciativa das partes tem-se a iniciativa oficial, realizada pelo magistrado com amplos poderes de investigação da prova, ou atendendo a requerimento do Ministério Público, quando *custos legis*, com apoio no art. 83, II, do CPC."[35]

A fraude e a simulação são institutos semelhantes, pois objetivam causar um dano a uma terceira pessoa. Conforme Yussef Said Cahali:[36] "tanto a simulação, como a fraude contra credores, podem ser provadas por indícios e circunstâncias." No campo do direito probatório, indícios e presunções também são meios eficazes de prova, indícios são sinais, que, isoladamente, são insuficientes para demonstrar a verdade de um fato alegado, enquanto as presunções comuns constituem raciocínios, que no terreno da fraude e da simulação podem ser derrubados pela contraprova. No entanto, é a soma de indícios que leva à presunção. Sentencia Sergio Carlos Covello[37] que: "o indício, é o ponto de partida, enquanto a presunção é o ponto de chegada."

Escreve Héctor Eduardo Leguisámon,[38] que: " em matéria de simulação, o exame da prova deve ser realizado em conjunto, especialmente quando invocada por terceiros que necessariamente hão de recorrer às presunções, as quais, por sua gravidade, precisão e concordância, podem contribuir a demonstra-las."

Vige a consagrada fórmula de cometer a prova ao que alega os fatos constitutivos de seu direito, princípio que nem sempre é absoluto em matéria de fraude ou de simulação, pois embora os meios empregados confiram límpida aparência ao negócio simulado, oculta em seu âmago um querer completamente diverso.

No Direito Societário as perdas sofridas no histórico de uma sociedade comercial precisam estar suficientemente demonstradas, em regular escrituração, afirma Ricardo Negrão,[39] porquanto, o desaparecimento de bens do patrimônio da sociedade, quando não estiver justificado por sua escorreita escrita contábil, torna evidente a fraude, especialmente quando os desvios de bens, as transferências de quotas, a transformação de seu tipo social e a constituição de novas empresas guarda curiosa coincidência temporal com o término da relação afetiva.

A utilização da desconsideração inversa ocorre no Direito de Família, de regra, em momento anterior à separação judicial, pois o marido empresário trata de ir marginalizando o patrimônio que, em tese, deveria integrar o processo de partilha dos bens comuns e comunicáveis. É neste momento que deve funcionar o poder discricionário do juiz na apreciação das provas que enfrenta no processo, pelo dever inerente que tem de buscar a verdade. No caso de lesão a direito de cônjuge ou companheiro também pelo uso abusivo da chancela societária, deve o juiz formar a sua convicção em conformidade com a sua livre consciência, acatando para tanto, todos os meios admissíveis de prova, sem limitações, incluindo os indícios e as presunções.

Ao comentar os meios de prova na fraude e especialmente na simulação, Jorge Mosset Iturraspe[40] assevera comportarem uma atividade escorada na presunção, pois que, a quase totalidade dos indícios surgem de documentos, informes, livros de comércio, inspeção ocular, perícias, confissão judicial, testemunhas e etc.., que examinados, não obstante sua aparente legalidade, inferem de seu contexto a simulação.

Isso porque o simulador precisa criar com excepcional empenho um negócio fictício justamente engendrado para mascarar o seu ganho material. Assim, se deseja dar ares de seriedade e de veracidade ao seu ato, cuidará para que, na escritura de aparente compra e

---

[35] SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*, RT: São Paulo, 2002, p.93.
[36] CAHALI,, Yussef Said. *Fraude contra credores*, RT: São Paulo, 1989, p.52.
[37] COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*, Saraiva: São Paulo, 1983, p.119.
[38] LEGUISAMÓN, Héctor E. . *Las presunciones judiciales y los indícios*, Depalma: Buenos Aires, 1991, p.104.
[39] NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, Saraiva: São Paulo, 203, 3ª e., p.261.
[40] ITURRASPE, Jorge Mosset. Ob. cit., tomo I, p.311.

venda, por exemplo, não conste um preço vil, embora este cuidado agregue maiores despesas com escritura e custo maior no imposto de transmissão *inter vivos*; tal qual tratará de dar suporte e realidade financeira à transação, promovendo a emissão e depósito do cheque emitido para o pagamento da venda encenada. Pois se não agir com tais cuidados, os indícios que farão presumir a simulação irão surgir exatamente do baixo preço; da falta de recursos do pseudocomprador, que geralmente será um parente ou amigo próximo; da falta de comprovação da saída do dinheiro da conta do comprador e ingresso na conta do vendedor e se for argumentado que o preço teria sido todo pago em dinheiro trata-se de fato totalmente inusual, dito apenas para afastar qualquer averiguação da verdade.

Igual indicação de simulação da transação irá decorrer da desnecessidade desta venda, pois o vendedor não se encontra em dificuldades econômicas e nem endividado, não obstante isto, o ato resta agravado com a súbita alienação de todo o patrimônio da pessoa, ou pelo menos dos bens de maior valor, por preços de ocasião e sem que exista qualquer razão justificadora.

De uso corrente é a simulação por cônjuges ou conviventes que se desfazem com a desculpa de precisarem arrecadar dinheiro, justamente dos bens que lhes dão subsistência, como as quotas da empresa de que são sócios, ou do automóvel que usam para trabalhar como representante comercial, dos imóveis que rendem aluguéis e assim por diante, figurando na outra ponta compradores que, se bem investigados, sequer dispõem de meios para as aquisições.

Jorge Mosset Iturraspe[41] observa constituírem presunções graves, precisas e concordantes da simulação numa compra e venda a operação feita com parentes próximos, como tem igual eloqüência se no lugar do parente, figura um notório amigo. Também quando há evidência de fraude se faz ausente a tradição do bem alienado, fato bastante comum, em que o vendedor segue na posse do imóvel ou do veículo e até na direção da empresa, com a desculpa de que detém o bem em caráter temporário, senão por conta de um apressado contrato de locação, então por mútuo ou comodato, num completo desinteresse do comprador em tomar a posse do bem comprado.

Igualmente, causam eloqüentes suspeitas, os negócios firmados entre pessoas que mantém vínculos de afeto, ou os seus parentes, como no exemplo de uma casa comprada pela companheira, enquanto o parceiro figura no mundo da ficção com um contrato de locação, do imóvel pertencente a um parente de sua parceira, embora, curiosamente, resida com a parceira na mesma residência.

A vida regressa das partes contratantes também favorece bastante na apreciação da simulação, quando se trata de indivíduos de vida desonesta e suas claudicantes finanças também comprometem a lisura da negociação, pois ninguém irá vender em longas prestações para adquirentes insolventes, podendo ser realizada pesquisa que desvende o movimento bancário do comprador, pois seus extratos terão que demonstrar uma razoável saúde financeira, em patamares que respaldem a solvência e estratificação social compatível com a coisa adquirida.

Ocorrendo a transação em vésperas de separação ou de divórcio, também deitam sérias suspeitas sobre o negócio, já sendo dito comum o ânimo fraudatório nas relações afetivas de cônjuges ou conviventes em via de dissolução de sua união. Torna-se de singular importância atentar para a circunstância de que estas lesivas práticas ordenadas para frustrar a justa partilha não começam às vésperas do processo separatório ou quando do ingresso de qualquer ação cautelar precedente. O ruinoso processo de diminuir deliberadamente o patrimônio conjugal tem um largo período precedente de incubação, onde, de regra, o marido, entre outras práticas de fértil fraude, se vale de interpostas pessoas e do uso abusivo da empresa para falsear o resultado final da partilha.[42]

Ainda no campo dos indícios e presunções, causa igual estranheza quando as escrituras são formalizadas em tabelionatos de outras cidades, ou se constituem de contratos sem firmas

---

[41] Idem, p. 322.

[42] MADALENO, Rolf. "O princípio da revocatória falencial na partilha dos bens conjugais", In *Novas perspectivas no Direito de Família*, Livraria do Advogado Editora, 2000, p.145.

reconhecidas, às vezes em sentido contrário, surgem contratos previamente elaborados, que soterrados, aguardam a espera do dia em que devam vir à superfície para produzirem os seus ruinosos efeitos.

Por conta disso tudo, o direito processual deve agir com presteza e efetividade, desconsiderando na própria ação de conhecimento a caminho da separação judicial ou da dissolução litigiosa da união estável, qualquer barreira oposta com os selos da fraude e da simulação.

O caráter extrapatrimonial do dano ambiental no Brasil. A quantificação e aplicação em nome da coletividade

João Hélio Ferreira Pes
Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela
Universidade de Lisboa, Portugal,
Mestre em Interação Latino-Americana pela
Universidade Federal de Santa Maria, RS, Brasil,
Professor de Direito Constitucional do
Centro Universitário Franciscano, RS, Brasil,
Analista Judiciário do
Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Brasil.

Mariano Bertoldo Simonetti
Mestrando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria, RS, Brasil,
Licenciado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano, RS, Brasil,
Advogado no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Meio ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional brasileira. 2. Dano ambiental e reparação do dano na legislação brasileira. 3. A responsabilidade civil no direito ambiental. 4. Instrumentos de tutela do meio ambiente. 5. O dano moral e a possibilidade jurídica do dano extrapatrimonial ou moral ambiental. 6. A quantificação do dano extrapatrimonial ambiental e sua aplicação em nome da coletividade. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

As questões ambientais, principalmente no que concerne ao direito ambiental, estão conquistando um lugar de suma importância, a cada dia que passa, seja na esfera legislativa, seja nos tribunais ou mesmo no meio acadêmico. Não se trata mais de um assunto que era apenas preocupação das Organizações Não Governamentais (ONGs), dos movimentos ambientais; agora faz parte de uma consciência de toda a sociedade, pois todos sabemos que o futuro da humanidade depende totalmente das nossas atitudes ambientais hoje.

Conforme José Afonso da Silva[1], a questão ambiental obteve *status* constitucional apenas com a vigência da atual Carta Federal, pois as Constituições anteriores à de 1988 não traziam nada especificamente sobre a proteção ao meio ambiente natural.

A Constituição Federal de 1988, bem como a legislação infraconstitucional, trazem no seu bojo o resultado de uma nova consciência ecológica mundial, que é a garantia de preservação e conservação de um meio ambiente equilibrado e saudável para a atual e as

[1] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

futuras gerações. Como bem lembra Daniela Rodrigueiro[2], os destinatários da norma constitucional ambiental a que se refere o artigo 225, da CF/88, são "todos", porquanto são todos detentores do direito ambiental. "Todos" deixa transparecer uma abordagem transindividual, ou seja, não sou eu ou você, mas todos nós, a coletividade de pessoas, as sociedades, os agrupamentos, todo o povo tem direito a viver sob o manto de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Autores como José Rubens Morato Leite[3] defendem que o meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, que tem como característica a trasindividualidade. Do direito de fruição ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, não advém nenhuma prerrogativa privada. Não é possível, em nome deste direito, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para consumo privado. O caráter jurídico do meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é um bem comum do povo. Assim, a realização individual desse direito fundamental está intrinsecamente ligado à realidade social.

Nesse contexto de coletividade e transindividualidade, o presente trabalho abordará o tema da possibilidade jurídica do dano moral ambiental, que poderá ser pleiteado independentemente da reparação do dano ambiental material, bem como a sua quantificação e sua aplicação em favor da coletividade, verdadeira detentora do bem ambiental.

1. MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A legislação ordinária brasileira é farta no que se refere à proteção ao meio ambiente, sendo que as principais leis foram editadas nas décadas de 1980 e 1990, principalmente com o advento da Lei Federal 6.938 de 31.08.1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente.

Tal lei inaugura uma nova fase no direito ambiental brasileiro, inaugurando uma fase holística, na qual a tutela do meio ambiente passa a ter um novo tratamento, com organicidade e sistematicidade, ou seja, passa a ser um sistema integrado de regulação ambiental.

O advento da referida Lei se constitui em marco histórico na proteção e defesa do meio ambiente no Brasil. Além de promover o ingresso no direito positivo pátrio de inovadores princípios e regras indispensáveis à correta defesa do patrimônio ambiental, natural, artificial e cultural, o referido diploma legal cria mecanismos de formulação e aplicação da política nacional ambiental, dentro do objetivo de preservação, melhoria e recuperação da qualidade de vida, anunciando ter por escopo assegurar condições ao desenvolvimento sócioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Dentre todas as inovações trazidas, há outra novidade, que foi o artigo 14, no seu § 1º, que dispõe acerca da legitimação do Ministério Público para propor as ações de reparação de danos causados ao meio ambiente. Nota-se que esse foi o primeiro legitimado para

---

[2] RODRIGUEIRO, Daniela . **Dano Moral Ambiental :** sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

[3] LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 87.

propor tal ação. Portanto, assim prevê o referido artigo: "O Ministério Público da União e dos estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente".

Anteriormente, a partir dos anos 1920, já começava a estabelecer-se uma preocupação com a manutenção de um ambiente sadio, quando da edição do Decreto 16.300 de 31 de dezembro, que dispôs sobre a saúde e saneamento. Podendo-se notar, neste instante, o impulsionamento da normatização de abrangência coletiva, com o advento do Decreto Lei 5.481/1929, referente a questões urbanísticas , o Decreto 24.645, de 10.07.1934, de proteção aos animais, o Código das Águas(Dec.24.634, de 10.07.1934), o decreto Lei 303, de 28.02.1967, criador do Conselho Nacional de Controle de Poluição, dentre outros diplomas federais significativos como o Código Florestal(Lei 4.771/1965), a Lei 5.197/1967, de proteção à fauna, a Lei .766/1979, de parcelamento do solo urbano, ainda a Lei Federal 9.433/1997 que trata da Política Nacional dos Recursos Hídricos, as resoluções CONAMA, a Lei da Educação Ambiental nº. 9.795/1999, dentre outros Decretos e Leis esparsas.

De acordo com o ensinamento de Edis Milaré[4], outro instrumento legal importante foi a Lei 7.347 de 24.07.1985, que disciplinou a Ação Civil Pública como instrumento específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e possibilitou que a agressão ambiental finalmente viesse a se tornar caso de justiça. Ainda segundo o mestre, foi através dessa lei que as associações civis ganharam força para provocar a atividade jurisdicional e, de mãos dadas com o Ministério Público, puderam em parte frear as agressões ao ambiente.

Milaré lembra ainda que outro marco fundamental é representado pela edição da Lei 9.605 de 12.02.1998, chamada Lei dos Crimes Ambientais, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Também são possíveis, como formas de proteção à fauna e a flora, a aplicação de medidas penais e administrativas, como as determinadas pela referida lei, que dispõe sobre a responsabilidade da pessoa física e jurídica quanto aos delitos contra a natureza. Tal lei descreve tipos penais e infrações administrativas, às quais são cominadas penas privativas de liberdade e pecuniárias.

No que se refere ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988, José Rubens Morato Leite[5], defende que o meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, e que a transformação jurídica relacionada com o meio ambiente e a qualidade de vida, surgiu, como interesse internacional, a partir da Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972, a qual elevou o meio ambiente de qualidade ao nível de direito fundamental do ser humano. Conforme o texto do princípio primeiro da declaração Universal dos Direitos Humanos[6]:

> O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.

---

[4] MILARÈ, Édis. **Direito do Ambiente :** Doutrina, Prática e Jurisprudência. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais,2001.

[5] LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade ...**, 2004.

[6] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A proteção ao meio ambiente foi elevada no âmbito da Constituição Federal, a direito individual, bem como direito difuso e coletivo, podendo o cidadão comum, através de ação popular, ingressar em juízo contra o degradador, seja ele pessoa física, seja pessoa jurídica de direito privado, seja pessoa jurídica de direito público, para fazer cessar o dano ou para obrigar o ressarcimento, através da reparação ambiental e pagamento de indenização, conforme a previsão do art. 5º, inc. LXXIII: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ao meio ambiente[...]".

Muitos outros artigos[7] da CF/88 referem-se direta ou indiretamente à questão ambiental, e de acordo com Bessa Antunes[8], na análise dos artigos constitucionais que se referem ao meio ambiente, observa-se o caráter interdisciplinar, que é característica do Direito Ambiental, pois os diversos artigos contemplam normas de natureza processual, de natureza penal, de natureza econômica, de natureza sanitária, de natureza administrativa, finalizando com normas de repartição de competência administrativa.

2. DANO AMBIENTAL E REPARAÇÃO DO DANO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Partindo do pressuposto de que o meio ambiente pertence a toda a coletividade, caracterizando-se como *res omnium*, ou seja, bem de todos, deduz-se que todo o dano causado ao meio ambiente, acaba por afetar de maneira negativa toda a coletividade.

Para José Rubens Morato Leite[9], o conceito de dano "[...] é a lesão de interesses juridicamente protegidos, e o dano ambiental pode ser alterações nocivas ao meio ambiente, ou os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses." O autor afirma que a Lei 6.938/1981, no seu art. 3º e incisos I, III e alíneas a,b,c,d e e, veio para elucidar as características básicas do dano ambiental, conforme o texto:

> Art. 3º [...]
> II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

---

[7] Na Constituição brasileira, são encontráveis os seguintes pontos dedicados ao meio ambiente ou a este vinculados direta ou indiretamente : Art.5º, incisos XXIII, LXXI, LXXIII; art.20, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XI e §§ 1º e 2º; art. 21, incisos XIX, XX, XXIII, alíneas a,b e c, XXV; art. 22, incisos IV, XII, XXVI; art. 23, incisos I, II, IV, VI, VII, IX, XI; art. 24, incisos VI, VII, VIII; art.43, § 2º, IV, e § 3º; art. 49, incisos XIV, XVI; art. 91, § 1º, inciso III; art.129, inciso III; art. 170, inciso VI; art.174, §§ 3º e 4º; art. 176 e §§; art. 182 e §§; art. 186; art. 200, incisos VII, VIII; art. 216, inciso V e §§ 1º, 3º, e 4º; art. 225; art. 231; art. 232, e , Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os artigos 43 e 44 e §§.

[8] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002, p. 53.

[9] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

Da análise da lei brasileira, pode-se concluir que o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana, culposa ou não, ao meio ambiente e diretamente ao interesse da coletividade, ou indiretamente a terceiros[10].

Relativamente ao dano ambiental, Fiorillo[11] diz que, em ocorrendo lesão a um bem ambiental, resultante de atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não há apenas a caracterização desse, como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo, como prevê o § 3° do art. 225 da CF/88 : "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Esse dano poderá ser de caráter patrimonial ou material, e por outro lado, restarão ainda os danos extrapatrimoniais, ou também denominados danos morais.

Com relação à diferença entre esses dois conceitos de danos, vale o seguinte entendimento expresso por Jose Rubens Morato Leite[12]:

> diferença entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais é que os primeiros incidem sobre interesses de natureza material ou econômica, refletindo-se sobre o patrimônio do lesado, ao contrário dos últimos, que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral, sendo que, quando os danos não correspondem às características dos danos patrimoniais, configuram-se como dano moral.

Compreende-se, portanto, que, quando os danos não dizem respeito às características dos danos patrimoniais, esses serão configurados como danos morais. No tocante à reparação do dano ambiental material, verifica-se que o meio ambiente é notadamente um direito singular, pois se trata de um bem incorpóreo e imaterial, de interesse de toda a coletividade, portando, o dano causado ao meio ambiente equilibrado foge das concepções tradicionais de reposição ao *status quo* ante do bem tutelado.

De acordo com a concepção de Petry Veronese, apud LEITE[13], a questão do ressarcimento do dano, está sujeita a uma série de mudanças, pois tradicionalmente apenas a parte lesada, ou que postulou em juízo, é que deverá ser ressarcida; em se tratando de direitos difusos, como é o caso do direito ambiental, não se aplica essa regra, pois o lesado ou interessado será toda a coletividade, portanto, uma pluralidade de autores.

O § 3°, do artigo 225 da Constituição da Republica Federativa do Brasil determina que: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano". Verifica-se que o referido artigo constitucional aponta para a existência de duas modalidades de sanções, quais sejam, as sanções penais e administrativas concomitantemente com a obrigação de reparar o dano.

Por outro lado, a Lei 6.938/81 dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente, no seu artigo 4°, inciso VIII, diz que, entre outros objetivos, visará à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de reparar e ou indenizar os danos causados ao meio ambiente.

---

[10] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do Individual ao...p. 104.
[11] FIORILLO, Celso **Antonio; Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Ed. Saraiva,2001.
[12] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do Individual ao...p. 97.
[13] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do Individual ao...,2003.

Demonstra, pois, que há duas formas principais de reparação, quais sejam, a recuperação natural ou retorno ao estado anterior, e ainda a indenização em dinheiro.

Por fim, Milaré[14] lembra que, de qualquer modo, ambas as possibilidades de reparação do dano ambiental têm o objetivo de impor um custo ao poluidor, cumprindo dois objetivos principais: dar uma resposta econômica aos danos sofridos pela vítima (indivíduo ou sociedade) e dissuadir comportamentos semelhantes de potenciais poluidores ou terceiros.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL

No seu conceito tradicional, a responsabilidade civil tem por objetivo a punição do responsável ou responsáveis pelos danos, e a sua reparação, não sendo alvo da responsabilidade a prevenção dos riscos. Para o Direito comum, a responsabilidade de aplicação geral é a subjetiva, que importa na culpa ou dolo do agente causador do dano; em sentido contrário, para os danos ambientais, aplica-se a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa do agente, restando apenas o dano e o vínculo causal com a atividade.

De acordo com Valler[15], a palavra "responsabilidade", cuja origem é o verbo *respondere*, possui a raiz de origem latina *spondeo*, que significa a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas de sua atividade, ou seja, é o dever que o indivíduo tem de responsabilizar-se pelos seus atos, tornando-se garantidor de alguma coisa. Conforme a previsão expressa do Art. 159 do Novo Código Civil Brasileiro, com a seguinte redação: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Demonstra-se, assim, que todos são passíveis de arcar com a responsabilidade civil, não excluindo a responsabilidade do Estado, sendo que este responderá pelas ações ou omissões de seus representantes, conferindo-se, porém, ao Estado, o direito de ação regressiva.

No que tange ao meio ambiente, Antunes[16] lembra que a responsabilização dos causadores de danos ambientais tem a sua previsão na Constituição brasileira, com o fulcro do artigo 225, em seu § 3º, determinando que: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos".

Leite[17] ressalta que essa responsabilidade civil particularmente nos casos de danos ambientais, implica a reparação patrimonial ou material, bem como a reparação moral ou também hodiernamente chamada "extrapatrimonial", conforme a previsão da lei.

A teoria adotada pelo sistema jurídico brasileiro, para a responsabilização dos causadores de danos ao meio ambiente, é a teoria objetiva. Explica Caio Mário da Silva apud Fiorillo[18], que a doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais da culpa, que são o dano e o vínculo, assenta na equação binária que é o dano e a autoria do evento.

---

[14] MILARÈ, Édis. **Direito do Ambiente :** Doutrina, Prática e ...,2001.

[15] VALLER, Vladmir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro.** 2 ª ed. São Paulo: Editora E.V. Ltda, 1994.

[16] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 2002.

[17] LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade ...**, 2004.

[18] FIORILLO, Celso **Antonio; Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 2001

O artigo 927 do Código Civil de 2002, no seu parágrafo único, traz essa previsão de forma explícita, conforme a seguinte redação: Art. 927, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem".

Outrossim, a idéia de risco integral[19] procura sugerir a inexistência de excludentes de responsabilidade; expressando a forma mais rigorosa de imputação de responsabilidade por dano ao meio ambiente, a obrigação de reparação decorreria somente do dano[20].

Tem-se na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/1981, no artigo 14, § 1 °, a referência clara à responsabilidade objetiva dos causadores de danos ambientais, conforme o seu texto:

> Art.14, § 1°: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Nesse sentido, conforme Toshio Mukai[21], de acordo com o texto que acolhe a responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais, é o poluidor obrigado a indenizar ou reparar os danos que causar ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.

Todavia, conforme o doutrinador citado, os avanços da responsabilidade civil por dano ambiental começam a dar sinais de progresso, porém evidencia-se uma necessidade de constante aperfeiçoamento do sistema jurídico tradicional, observando-se as características peculiares do trato com os danos relativos ao meio ambiente.

4. INSTRUMENTOS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Rodrigueiro[22] diz que, ao falar-se em meio ambiente, resta evidenciado que se trata de interesses diferenciados dos interesses particulares e individuais, pois se trata da tutela coletiva, que abarca toda a sociedade. Segundo a autora, por se tratar de direitos coletivos e difusos, faz-se uma pergunta, que é: quem poderá vir a juízo pleitear o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?

A Lei da Ação Civil Pública no seu artigo 5°, bem como o código de Defesa do Consumidor no artigo 82, trazem o rol de legitimados ativos para a proposição de ações que envolvem interesses coletivos, como é o caso das ações que envolvem o meio ambiente, especialmente as relativas ao Dano Moral Ambiental.

Assim disciplina a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347 de 7 de julho de 1985:

---

[19] A teoria objetiva também é chamada de risco integral pelos doutrinadores jurídicos, e em relação à responsabilidade do Estado, predomina a Teoria do Risco Administrativo.

[20] BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por dano ao Meio Ambiente.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey,1999, p.322.

[21] MUKAI, Toshio. **A Responsabilidade Penal e Civil do Campo do Direito Ambiental**. Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental, ano 1, nº 1 jan./fev. 2002. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2002.

[22] RODRIGUEIRO, Daniela . **Dano Moral Ambiental :** sua defesa em juízo, ..., 2004.

> Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:
> I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;
> § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Por via de regra, o Ministério Público é o grande legitimado para a propositura da Ação Civil Pública, tanto é verdade que o instrumento referente ao inquérito civil público é de uso exclusivo do referido órgão, de acordo com a previsão do artigo 8º, § 1º, da Lei 7.347/85, que determina:

> § 1º
> O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

No tocante à Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, que trata do Código de Defesa do Consumidor, tem-se nos artigo 81 e 82, a complementação na indicação dos legitimados ativos, na proteção dos direitos difusos e coletivos, sendo que a tutela destes direitos está muito bem delineada pela previsão dos artigos, conforme o texto legal:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> Art. 82. Para os fins do art. 100, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
> I - o Ministério Público,
> II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
> III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Outrossim, Leite[23] lembra que, a título individual, o cidadão tem a seu dispor a Ação Popular Ambiental, Lei 4.717 de 1965, que concede ao mesmo legitimidade, a título individual, de exercer a tutela jurisdicional ambiental, tendo sido recepcionada pela Constituição federal de 1988, cujo artigo 5º, LXXIII, assim descreve :

> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

O mandado de segurança coletivo é outro instrumento de tutela dos interesses difusos, portanto do meio ambiente, e tem a sua previsão na Constituição Federal de 1988, tratando-se, portanto, de uma ação constitucional que visa a facilitar o acesso à justiça, acelerando a prestação jurisdicional no âmbito da tutela coletiva.

O artigo 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição Federal, traz os seguintes pressupostos gerais para a impetração do mandado de segurança coletivo:

---

[23] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do Individual ao...,2003.

> Art. 5º:
> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;
> LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
> a) partido político com representação no Congresso Nacional;
> b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Bessa Antunes[24] explica que, para se configurar a legitimidade do ajuizamento do referido mandado, é necessário que as associações obtenham de seus membros a expressa autorização para o ingresso em juízo do instrumento em tela.

Conforme o entendimento do professor Bessa Antunes[25], que preleciona ser a Ação Civil Pública um importante instrumento de tutela do meio ambiente. De outro lado, tal ação não é um instituto que integre o Direito Ambiental, tampouco criou algum direito, sendo apenas uma norma de processo e assim deve ser enfocada. E sendo o grande instrumento de proteção dos direitos difusos e coletivos, salientando-se que dentre esses direitos, está o meio ambiente saudável como o principal deles, pois não há perspectiva de uma vida digna e com qualidade, da atual e das gerações futuras, se o meio ambiente não for devidamente tutelado e protegido no presente.

5. O DANO MORAL E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL OU MORAL AMBIENTAL

Antes de adentrar no tema proposto pelo presente trabalho, que é o Dano Extrapatrimonial ou Moral Ambiental, faz-se necessária a explanação, mesmo que breve, do conceito de dano moral *latu sensu* na doutrina brasileira, e também a sua previsão na legislação pátria. E quanto à nomenclatura, ressalta-se que o termo dano moral é sinônimo de extrapatrimonial, porém este último tem sido usado recentemente pela literatura, de forma que hodiernamente utilizam-se ambos, que segundo Leite[26], o nome extrapatrimonial é menos restritivo, portanto mais amplo.

De maneira sucinta, conforme Delanhol[27], "o dano moral é um mal que atinge um bem maior do indivíduo, que é o bem estar íntimo, afeta a moral e causa dor e sentimento de perda". Portanto, deve merecer o justo reparo, através de indenização pecuniária.

Para Daisy Justa Fernandes Bordon, *apud* Martins da Silva[28], deve-se entender o dano moral como aquele causado ao patrimônio desmaterializado de uma pessoa, podendo ser resultante de lesões à honra, à paz interior, à vida na sua totalidade física e moral, enfim, tudo o que afeta o âmago do ser.

---

[24] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 2002.
[25] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 2002.
[26] LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade ...**, 2004.
[27] DALANHOL, André. **Responsabilidade Civil – Reparação do Dano Moral Ambiental.** Dissertação do Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós – Graduação em Engenharia de produção. Florianópolis, 2002.
[28] SILVA, Luís Américo Martins da. **O Dano Moral e sua Reparação Civil.** 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Segundo o entendimento de Martins da Silva[29], faz-se necessária a comprovação de um dano para que se configure a responsabilidade civil e, conseqüentemente, a obrigação de indenizar quem se sentiu lesado. Assim, quando se fala em dano, o que se quer significar é o resultado da lesão ou da injúria sobre o patrimônio moral ou material.

Com o advento da Carta Magna de 1988, não restaram mais dúvidas quanto a possibilidade de reparação por danos morais, quando o artigo 5º, incisos V e X, prescreveu de forma clara tal possibilidade jurídica, conforme o texto constitucional:

> Artigo 5º, V e X:
> [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito á indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

O Brasil é um dos poucos países que possui o instituto do dano moral constitucionalizado, e que, conforme o texto supracitado admite-se de forma inquestionável a existência de tal instituto. Destaca ainda que no Novo Código Civil de 2002, o artigo 186 pacifica a lesão moral, como um direito a ser preservado, segundo o artigo 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Portanto, têm-se positivado no direito brasileiro, dispositivos legais que fazem valer o direito á reparação pelo dano moral sofrido, que, segundo Maria Helena Diniz[30], é um misto de pena privada e satisfação compensatória, constituindo uma sanção penal imposta ao ofensor, e compensatória porque tem o escopo de atenuar a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, podendo ele, com o valor da compensação recebida, procurar atender as suas satisfações, diminuindo assim, na medida do possível, o seu sofrimento.

Conforme estudado anteriormente, demonstrou-se que o instrumento do dano moral foi integrado ao contexto jurídico brasileiro há pouco tempo, e que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988[31] tal instituto teve expressada a sua previsão legal, tomando força a partir desse momento. Quanto aos danos morais difusos e coletivos, também restou confirmada a sua admissibilidade, com o advento da Lei da Ação Civil Pública[32], e, segundo Luis Henrique Paccagnella[33], "[...] é inegável o caráter indenizável do dano moral, cumulativamente com o dano material, em tema de interesses difusos e coletivos".

Tal afirmação tem suporte legal no Código de Defesa do Consumidor, que de acordo com Leite[34], no seu artigo 6º, incisos VI e VII, de maneira expressa, veio prever o dano extrapatrimonial em suas várias espécies de interesses ou direitos individuais, difusos e coletivos, atribuindo o direito não só a pessoa individual, mas também a novos sujeitos.

---

[29] SILVA, Luís Américo Martins da. **O Dano Moral e sua Reparação Civil**, 2005.

[30] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 12 ª ed. São Paulo: Saraiva 1988.

[31] Conforme o artigo 5º, incisos V e X da Carta Magna.

[32] A Lei 7.347/1985 com a redação dada pela Lei 8.884/1994, no artigo 1º prevê as ações por danos materiais e morais causados ao meio ambiente e qualquer interesse difuso e coletivo.

[33] PACCAGNELLA, Luis Henrique. **Dano Mora Ambiental**. In : Dano Moral e sua Quantificação. S. Augustin (org.) Caxias do Sul – RS: Ed. Plenum, 2005. p. 167.

[34] LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade ...**, 2004.

Conforme o texto legal da Lei 8.078/199, no art. 6º : "São direitos básicos do consumidor; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos"[...].

Portanto, segundo Rodrigueiro[35], o código de Defesa do Consumidor, ao dispor pela possibilidade de indenização por danos morais, acaba se aplicando a todos os interesses difusos e coletivos. Há, por conclusão lógica, a expressa disposição legal para a reparação por danos morais ambientais.

Rodrigueiro esclarece que, a respeito do dano moral ambiental, cabe ressaltar que sua característica principal é que se trata de um dano relativo a bens que são difusos e coletivos, reportando-se a um número indeterminado de pessoas que podem sofrer moralmente com a degradação do meio e, para sempre ou por algum tempo, ficarão privadas da utilização de um bem que lhes pertence.

Dalanhol assevera que[36]:

> O dano moral ambiental centra-se na dor moral das pessoas físicas, nascido do impacto emocional, decorrente da degradação do meio ambiente, dos desastres e tragédias ocorridas com a natureza, com a improvável expectativa de vida viável futura, provocando angústia em toda a coletividade, o abalo emocional, a dor decorrente do sentimento de perda da biodiversidade, a impotência de agir diretamente contra os causadores dos aspectos que provocam impacto ambiental.

Nesse sentido, verifica-se que, não obstante o dano material ambiental, por mais que o meio ambiente degradado seja restituído ao seu estado natural anterior ao dano, restará ainda a possibilidade de se buscar em juízo a reparação por dano moral ambiental. Uma agressão ao meio ambiente causa dor, preocupação, ansiedade a toda a sociedade, considerando também o tempo que a população ficará impossibilitada de usufruir de um bem que é de todos, portanto, poderá haver indenização por danos morais ambientais.

Staigleder[37], relativamente ao dano extrapatrimonial, diz que:

> Verifica-se, portanto, que a proteção dos valores imateriais não está restrita aos valores morais individuais da pessoa física. Tal entendimento dos tribunais com relação às pessoas é o primeiro passo para que se aceite a reparabilidade do dano moral em face de uma coletividade que, apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção[...].

Jose Rubens Morato Leite[38] amplia a discussão, afirmando que não há como fazer uma dissociação entre social e individual, pois se percebe que o ser humano sente os efeitos da lesão perpetrada em face do bem ambiental, que por sua vez, é de toda a coletividade, pois quando se lesa o meio ambiente, em sua concepção difusa, atinge-se concomitantemente a pessoa no seu "*status*" de indivíduo relativamente à cota-parte de cada um e, de forma mais ampla, toda a sociedade. Pois, segundo o referido autor, se há responsabilização do dano patrimonial[39] coletivo, deve-se ampliá-la à configuração extrapatrinomial,

---

[35] RODRIGUEIRO, Daniela . **Dano Moral Ambiental :** sua defesa em juízo, ..., 2004.

[36] DALANHOL, André. **Responsabilidade Civil – Reparação do Dano ...,** p. 88.

[37] STAIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental :** as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 163.

[38] LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade ...,** 2004.

[39] O princípio da indenização integral foi consolidado pela Lei 8.078/1991, que trata do Código de Defesa do Consumidor, e conforme Súmula número 37 do STJ : "São cumuláveis indenizações por dano material e moral oriundas do mesmo fato". Disponível em : http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=37&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1 . Acesso em 17/11/2006.

considerando que a diminuição da qualidade de vida, através da degradação ambiental, acaba por trazer transtornos imateriais à coletividade.

Outrossim, conforme Daniela Rodrigueiro[40]: "Toda a lesão que atinja a coletividade de forma subjetiva é passível de reparação a título de dano moral, sendo certo que, por vezes, este será o maior prejuízo sentido em face da degradação ambiental." Há o sofrimento coletivo pela perda de um espaço, de um bem ambiental, portanto de cunho público, e como se trata de ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental.

Contudo, Paccagnella[41] lembra que o operador jurídico deverá ter muito cuidado para não confundir o dano ao patrimônio ambiental, com o dano moral ambiental; eles não se confundem, pois sempre que houver prejuízo moral relativo ao ambiente, deverá ser buscada a respectiva indenização, independentemente do patrimônio ambiental. E ainda segundo o autor: "Isso sob pena de não caracterização da reparação integral do dano ambiental, exigida pelos princípios do Direito Ambiental".

Convém demonstrar o brilhante voto do Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, relativo a um recurso especial perpetrado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra o Município de Uberlândia e também contra uma empresa do ramo imobiliário, proferido em julho de 2006.

> O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade.
> A Constituição Federal e a Lei 7.347/95 estabelecem a possibilidade de reparação civil por danos morais causados ao meio ambiente, além do dever de indenizar os danos patrimoniais.
> O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne à proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.
> No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na: art. 1° da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6°, VI, do CDC. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável uti singuli (sic). Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando lesão ao patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.
> O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.
> Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.
> Em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem co-existir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RECURSO NÚMERO 598.291, 02/05/2006).

Apesar de o recurso ter sido desprovido por três votos contra dois, este voto demonstra o reconhecimento do dano moral ambiental por integrantes do Superior Tribunal de Justiça, e fortalece a idéia de que essa nova matéria passe, cada vez mais, a ser levada a discussão no Poder Judiciário brasileiro.

6. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL AMBIENTAL E SUA APLICAÇÃO EM NOME DA COLETIVIDADE

---

[40] RODRIGUEIRO, Daniela . **Dano Moral Ambiental :** sua defesa em juízo, ..., 2004, p. 201.
[41] PACCAGNELLA, Luis Henrique. **Dano Mora Ambiental.** Revista de Direito Ambiental. Ano 4 ,n° 13. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 47

Como colocado anteriormente, a reparação pelos danos extrapatrimoniais é autônoma frente aos prejuízos relativos aos bens patrimoniais ambientais, sendo que os primeiros sempre serão pecuniários, ou seja, em moeda corrente.

Nesse sentido, a problemática se instala no momento da verificação do *"quantum debeatur"* dos valores referentes a essas condenações, pois se trata de algo altamente subjetivo, tornando a valoração um trabalho árduo.

Segundo Leite[42], em não havendo critérios legais para se auferir o *"quantum"* indenizatório do dano extrapatrimonial, deve o julgador, observadas as circunstâncias do caso concreto, utilizar-se do arbitramento, para fixar o valor da condenação. O autor refere-se às normas contidas nos artigos 944, 945 e 946[43] do Novo Código Civil, justificando que: "Esta norma, embora proveniente do direito privado, é, a nosso ver, plenamente aplicável às condenações ocorridas em virtude de danos morais coletivos, diante da lacuna na legislação no tocante ao tema".

Entretanto essa valoração será sempre variável, dependendo de observação, por parte do juiz das circunstâncias de cada caso, pois as lesões de ordem moral possuem uma abrangência ampla e subjetiva, porque se relacionam com a dor, o desgosto, a sensação de perda e privação experimentada pela coletividade.

Nesse viés, conforme Janaína da Silva Cardoso[44], as dificuldades para a fixação da indenização moral por ato praticado contra a honra de alguém, individualmente, é igual à dificuldade que há na quantificação da ofensa ao aspecto moral contra os agredidos de forma coletiva. Porém, segundo a autora, não se pode abrir mão da noção de que a sua fixação tem a finalidade de minorar o sofrimento pelo qual foi acometida a coletividade, não podendo se desvirtuar da finalidade de sanção e compensação econômica, mas sempre dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, Paccagnella[45] conclui que não há motivos para maiores inovações dessa consolidada construção, no âmbito do dano moral ambiental, pois conforme suas palavras:

> Cabe ao operador do Direito, portanto, sopesar no caso concreto: a extensão do prejuízo ambiental; a intensidade da responsabilidade pela ação ou omissão inclusive pelo exame do proveito do agente com a degradação; valor suficiente para prevenção de futuros danos ambientais.

---

[42] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do Individual ao...,2003.

[43] **Art.** 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. (BRASIL, LEI FEDERAL 10.406/2002). Disponível em: http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action . Acesso em 20/11/2006.

LEITE (2004, p. 302) assevera que: "O artigo 946 é expresso, no caso de obrigação indeterminada apura-se o valor das perdas e danos na forma da lei processual, isto é, por arbitramento a indenização". O autor refere-se ao art. 606 do Código de Processo Civil.

[44] CARDOSO, Janaína da Silva (2005). **Consagração do Dano Moral Ambiental - Castigo Duplicado ao Poluidor.** Disponível em: http://www.artigocientifico.com.br/artigos/?mnu=1&smnu=5&artigo=1151. Acesso em:19/11/2006-i.

[45] PACCAGNELLA, Luis Henrique. **Dano Mora Ambiental**, p. 173.

No tocante à destinação do resultado financeiro das condenações judiciais no âmbito dos danos morais relativos ao meio ambiente, a Lei da Ação Civil Pública, 7.347/1985, prevê no seu artigo 13, a criação de um fundo para reparação de bens lesados, e com a edição do Decreto 1.306/1994 ficou estabelecido o destino dos valores dessas condenações, conforme diz o texto legal:

> Art. 1°: O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.
> Art. 2º Constituem recursos do FDD, o produto da arrecadação:
> I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;
> II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais;
> III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto de indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

De acordo com Luís C. Carvalho de Almeida[46], tratando-se de interesses difusos, pertencentes a toda a coletividade, não haveria como destinar tais recursos a uma pessoa, razão pela qual optou o legislador pela instituição de um fundo gerido por entes representativos da sociedade, sendo que tais recursos devem, por força de lei, ser destinados à reconstituição do bem lesado ou, se impossível tal reconstituição, de outros de semelhante natureza.

Por derradeiro, conforme Dalanhol[47], a coletividade poderá também ser representada por uma Organização Não Governamental (ONG), e uma vez constituída essa entidade na forma da lei, poderá pleitear em juízo a reparação por dano moral ambiental. A referida ONG deverá ter como escopo a defesa do meio ambiente, e ao propor as ações indenizatórias contra o causador do impacto, buscará uma condenação em dinheiro, que será aplicado na implantação de projetos para a restauração do ambiente degradado.

Dessa forma a coletividade será beneficiada, pois com a aplicação dos resultados das condenações por danos morais ambientais, na reparação ou mesmo preservação do meio ambiente, haverá o beneficiamento de toda a sociedade, porque se trata de um bem que é de todos, indistintamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi analisado a possibilidade jurídica dos danos morais ambientais, demonstrando-se que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido plenamente a existência de tal instituto, principalmente nos últimos anos, a partir de algumas decisões judiciais reconhecendo os danos morais ambientais individuais e coletivos.

Por fim, quanto ao resultado das condenações, que será sempre em pecúnia, deverá ser aplicado em nome da coletividade, sendo constituídos fundos com o objetivo de restauração dos bens difusos degradados.

É notável o envolvimento e o cuidado que os operadores do direito estão tendo em relação às questões ambientais, pois parece que está despertando em todos os setores da

---

[46] ALMEIDA, Luis Cláudio Carvalho de. **Responsabilidade Civil por Danos Ambientais. 2005.** Disponível em: http://www.fdc.br/Artigos/Artigos.aspx?ArtigoID=16. Acesso em 21/11/2006-a.
[47] DALANHOL, André. **Responsabilidade Civil – Reparação do Dano ...**,2002.

sociedade a consciência de que todos nós somos responsáveis pelo lugar em que vivemos, e pelos recursos naturais que utilizamos, pois sabemos mais do que nunca que tais recursos são finitos, e que as futuras gerações dependem da nossa atitude hoje.

Os Princípios Constitucionais em Rota de Colisão e o Sistema Aberto de Regras e Princípios sob a Orientação Jurisprudencial Brasileira

Fábio Zech Sylvestre
Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal,
Advogado e Consultor Jurídico.

Sumário: Introdução. 1. Princípios e Normas. 1.1. Os Princípios na Ciência Jurídica. Princípios gerais de direito, Princípios de interpretação e Princípios jurídicos; 1.1.1 Princípios gerais do Direito; 1.1.2. Princípios Gerais de Direito e a Completude do Ordenamento Jurídico; 1.1.3 Princípios de interpretação; 1.1.4 Princípios jurídicos; 1.2. Evolução histórica. Considerações de Ronald Dworkin e Robert Alexy; 1.3 Distinção entre Princípios e Regras e seus desdobramentos; 1.3.1. Diferenciação lógica entre princípios e regras ; 1.3.2. Diferenciação qualitativa entre princípios e regras. Princípios como mandamentos de otimização; 1.3.3.Outros critérios para diferenciar princípios e regras. Apontamentos doutrinários de J.J. Canotilho e Eros Grau. 2. Princípios constitucionais. Natureza e características; 3. Princípios constitucionais em rota de colisão; 3.1 Princípios em Rota de colisão. Breve introdução. Evolução doutrinária; 3.2. Princípios constitucionais potencialmente conflitantes. Características; 3.3. A Ponderação como método solucionador de colisão entre princípios constitucionais. 4. Estudos de casos enfrentados pelos Tribunais brasileiros; 4.1 A liberdade de expressão e informação *versus* a preservação da imagem, honra e intimidade; 4.1.1. Fotografia veiculada sem autorização em periódico de grande circulação; 4.1.2. Matéria veiculada em periódicos que viola o direito a intimidade da vida privada; 4.1.3. A liberdade de expressão *versus* manifestações de cunho anti-semita. Julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal – HC 82.424/RS – *Caso Ellwanger*; 4.2. Integridade física *versus* honra e reputação dos servidores públicos. conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Não se pode entender que as normas jurídicas em geral trazem sempre em si um sentido único, objetivo, direto e válido para todas as situações previstas pelo legislador, bem como não menos falsa é a idéia de que ao aplicador do direito caberia apenas a atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma – auto-aplicação-, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Nesta linha de raciocínio, a nova hermenêutica constitucional aparece em sentido contrário, ou seja, possuindo as normas constitucionais um conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. Portanto, será a partir dos elementos do caso concreto, dos princípios e dos fins a serem realizados que se poderá alcançar o sentido da norma.

Vale destacar, que não se pretende negar nem desprezar a importância dos métodos tradicionais fornecidos pela hermenêutica clássica, muito pelo contrário, se quer demonstrar

a sua relevância, no entanto, reconhecendo que esta não se apresenta de forma completa e suficiente para solucionar todos os anseios encontrados pelo intérprete.

Assim, é neste cenário de valorização e incorporação dos princípios no próprio corpo da Constituição, somando ao reconhecimento de sua normatividade, ou seja, atribuindo a estes um *status* de norma jurídica, que se sustenta a atual dogmática constitucional.

Inserido no contexto de um Estado democrático de direito, a colisão entre princípios não só é possível, como faz parte da lógica do próprio sistema dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta nos termos do "tudo ou nada", de validade ou invalidade, uma vez que se reconhece aos princípios uma dimensão de peso ou importância.

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – varias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre a liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro; ou a contraposição do principio da autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais.

Tratam-se, pois, de normas que tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria a escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais.

Tal formula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade Constitucional, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar a outra, em tese, também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.

Logo, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes - e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronta com antagonismos inevitáveis, devendo realizar a aplicação dos princípios mediante a técnica da ponderação.

A aplicação e a interpretação jurídica nem sempre se dão pela técnica subsuntiva, em que se aplica a norma ao caso concreto; eis que, algumas vezes, a problemática enfrentada pelo operador jurídico poderá conter uma carga maior de complexidade, proporcionada, inclusive, pelo próprio ordenamento jurídico.

O intérprete, muitas vezes, pode se deparar com situações de difíceis soluções, como por exemplo, casos em que dois preceitos fundamentais abstratos diferentes incidem em um só fato, colocando-o, segundo o provérbio judaico, *"entre a espada e a cruz"*, fato este que poderá causar-lhe inúmeras dúvidas no momento da aplicação do direito.

Assim, o presente artigo pretende fornecer alguns parâmetros extraídos do estudo da realidade jurisprudencial brasileira, mormente, em situações em que o operador do direito se encontra diante desses casos difíceis (*hard cases).*

1. PRINCÍPIOS E NORMAS

A compreensão do termo *"princípios"* apresenta-se como marco inicial da trajetória a ser percorrida na elaboração deste estudo. Face à variedade dos sentidos que essa expressão contempla, bem como a problemática que envolve a matéria, faz-se necessária à destinação

de um capítulo exclusivo para discorrer sobre as diferentes definições de princípios e suas principais características.

O termo "princípio" é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano, como, por exemplo, na Medicina, Matemática, Filosofia, Teologia, Sociologia, Física, Direito, dentre outros. Tais ciências utilizam-se dessa categoria para estruturarem um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.

Sobre a origem de sua acepção, Luis Diez-Picazo diz que "a idéia de princípio deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras (...). Exatamente por isso são princípios, ou seja, porque estão ao princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*"[1].

No mesmo sentido, Cármem Lucia Antunes Rocha considera que o princípio é o verbo, ou seja, nele repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado, servindo, portanto, como balizador de ações[2].

Assim, pode-se concluir que o termo princípio traduz a idéia de estruturação de um sistema de pensamentos ou normas por um pensamento mestre (principal, geral), por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

1.1. Os Princípios na Ciência Jurídica. Princípios gerais de direito, Princípios de interpretação e Princípios jurídicos

Na ciência jurídica, pode-se verificar que o termo "princípios" comparece em estudos nos mais diversos sentidos, despertando o interesse de operadores do direito em várias nações, o que pode ser constatado pelo aumento significativo no número de estudos realizados sobre a matéria.

Para Clemente de Diego:

> Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (*ration júris),* aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan[3].

O professor Paulo Bonavides, fazendo referência à doutrina do italiano Norberto Bobbio, traz outro conceito de princípios emanado da Corte Constitucional italiana como sendo aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam

---

[1] Diez -Picazo *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.228-229

[2] ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 176.

[3] Clemente de Diego *apud* GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988.* São Paulo: RT,1991,p.126.

deduzir da conexão, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico[4] [5].

De acordo com Miguel Reale, os princípios são definidos como verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade[6].

O professor Celso Antonio Bandeira de Melo, em sua definição clássica de princípios, articula que:

> Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...)[7].

Como se percebe, tem-se empregado o termo *princípio* de forma genérica, ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas. Em outras oportunidades, utiliza-se a expressão para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.

Tal polissemia mostra-se prejudicial à práxis jurídica, pois vem causando confusão e embaraços de idéias e conceitos jurídicos, prejudicando não só a aplicação e o estudo dos princípios, mas também a efetividade de direitos tutelados pelo ordenamento vigente.

O tratamento genérico dos diversos tipos de princípios como *"Princípios gerais de direito"* apresenta-se como prática errônea, uma vez que varias normas jurídicas e diversos cânones de interpretação se mostram insuscetíveis de pertencer ao conjunto de princípios gerais do direito, exigindo uma classificação diferenciada[8].

1.1.1 Princípios gerais do Direito

Conforme o que foi expendido linhas acima, a composição do ordenamento jurídico não se dá apenas por normas e regras, compreendendo, ainda, os princípios. Neste sentido, Eros Grau considera que um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios do direito[9].

De acordo com o professor Jorge Miranda,

> O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência.

---

[4] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo. Malheiros, 1997

[5] BOBBIO, Norberto. *Principi generali di dirito, in novíssimo Digesto Italiano,* v.13, Turim, 1957, p.889

[6] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* São Paulo: *Saraiva, 2000, p.60.*

[7] MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Elementos do Direito Administrativo.* São Paulo, RT, 1991, p.79.

[8] SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF.* Lúmen Júris, 2004.

[9] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação crítica).* São Paulo: RT, 1990.

> Projecta-se em sistema; É unidade de sentido, é valor incorporado em regras. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.[10]

Nos dias atuais, a referência mais comum ao termo "princípio", no âmbito dos estudos jurídicos, dá-se através dos chamados princípios gerais do direito.

Tais princípios possuem três características dominantes, as quais interagem e se integram, formando um único corpo: a *principialidade,* a *generalidade* e a *juridicidade.* O termo "princípios" fornece a idéia de fundamento, origem, razão, causa. O vocábulo "gerais" evidencia a distinção entre o gênero e a espécie, e, por fim, o termo "direito" traduz o caráter de juridicidade, a qualidade daquilo que está conforme a regra e dá a cada um o que lhe pertence.

Os princípios gerais de direito comparecem explicitamente em diversos sistemas como instrumento de integração do ordenamento. Funcionam tais princípios como espécies de fontes secundárias do direito, mostrando-se aptas a compor e superar as chamadas lacunas, identificadas no ato de aplicação.

No ordenamento jurídico brasileiro, por diversas vezes, o legislador faz referências a estes princípios, em especial, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como no art. 126 do Código de Processo Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

A aplicação de tal dispositivo no âmbito do direito civil mostra-se imperiosa, pois os negócios jurídicos realizados entre particulares, muitas vezes, não possuem previsão ou elementos na legislação, exigindo, pois, que o operador do direito lance mão destes princípios para encontrar a solução para as possíveis controvérsias.

Cumpre destacar que os *princípios gerais do direito* não devem ser confundidos com os princípios positivos do direito. Tal distinção é fruto dos ensinamentos de Antoine Jeammaud e Jerzy Wroblewski, ganhando notoriedade no Brasil através da exposição de Eros Grau, em sua obra *Fundamentos de Direito Público.*

Estes últimos (princípios positivos do direito) não podem ser valorados segundo a dicotomia do falso ou do verdadeiro, própria da Ciência Jurídica, mas, sim, segundo as dicotomias analíticas do valido ou inválido, vigente ou não, eficaz ou ineficaz, adequadas à análise do Direito enquanto sistema de normas positivas.

Deste modo, enquanto os princípios positivos do direito pertencem à linguagem do direito, os "Princípios Gerais do Direito" podem ser valorados segundo a idéia do falso e do verdadeiro, conforme as análises descritivas da Ciência Jurídica, pertencendo à linguagem dos juristas.

Os princípios gerais do direito, de acordo com Jeammaud, são utilizados, inúmeras vezes, pela jurisprudência para fundamentar decisões. Quando isso ocorre, diz-se que tais princípios são descobertos no ordenamento jurídico e, aí, passam de princípios descritivos a princípios positivados de inspiração doutrinal. Assim, trata-se de princípio ainda não positivado, mas que pode ser formulado ou reformulado pela jurisprudência[11].

1.1.2. Princípios Gerais de Direito e a Completude do Ordenamento Jurídico

---

[10] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 3. Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 783.

[11] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação crítica).* São Paulo: RT, 1990, p. 147.

O sistema jurídico é completo, contando, em tese, com todos os elementos para solucionar problemas que se lhes apresentam. Desta forma, o magistrado não pode se eximir de sua função jurisdicional, alegando inexistir norma aplicável à matéria.

No entanto, tendo em vista o número infinito de relações, as constantes modificações sociais e a natural imprevisão sobre todos os problemas enfrentados pela sociedade, tal completude não atinge a regulamentação feita pelo legislador.

Nos dizeres de Engish, as lacunas são deficiências no direito positivo, apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora[12].

Estando diante de lacunas, ou seja, quando não é encontrada no sistema a norma jurídica adequada à decisão, ainda assim, o agente deve buscar uma solução jurídica para o fato, realizando-se a integração. Assim, apesar do sistema normativo carecer de dispositivo que contempla os fatos levados à consulta ao poder judiciário, o juiz não pode denegar a justiça, uma vez que tem à sua disposição elementos que possibilitam o preenchimento das lacunas da lei.

Portanto, os princípios gerais do direito desempenham, sem dúvida, uma função importante no sistema normativo, qual seja, a função integradora, possibilitando, assim, a colmatação das possíveis lacunas que porventura atentem contra a completude do ordenamento jurídico.

1.1.3 Princípios de interpretação

A origem da palavra "interpretação" abarca a preposição latina *inter* (entre) e a expressão indoeuropéia *pre,* que significa falar[13]. Logo, interpretação traduz a idéia de se atribuir um significado, compreender algo.

Até mesmo na atividade interpretativa de uma norma jurídica realizada pelo intérprete ou operador do direito, pode se verificar a incidência de princípios, apresentando-se estes como institutos que auxiliam na busca da verdadeira compreensão da norma.

Os princípios de interpretação são argumentos, pautas, diretrizes que orientam o trabalho do intérprete/aplicador. Na verdade, não são normas jurídicas, diretamente vinculantes das condutas individuais, mas instrumentos que ajudam na interpretação e aplicação destas[14].

No âmbito da interpretação jurídica, pode-se comprovar uma extensa caminhada, que se origina em métodos que valorizam as dimensões semânticas e sintáticas da linguagem até chegar ao reconhecimento da importância do elemento pragmático.

Merece destaque, no crescente acolhimento da pragmática como método interpretativo, a concretização de Hesse e a teoria estruturante de Friedrich Müller[15].

---

[12] ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

[13] BETTI, Emilio. *Teoria generalle della interpretazione.* Milan: Giuffré, 1955. In USERA, Raul Canosa. *Interpretacion constitucional y forma política.* Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1988, p.2.

[14] SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[15] MULLER, Friedirch. *Métodos de trabalho de direito constitucional.* Trad. Peter Naumamm. São Paulo: Max Limonad, 2000.

A teoria estruturante tem como finalidade a investigação das várias funções de realização do direito constitucional, pretendendo-se ligada à resolução de problemas práticos, de maneira a captar as transformações das normas e concretizá-las numa decisão prática.

Friedrich Müller destaca que o positivismo estabeleceu a identidade da norma com o texto da norma, restringindo, dessa forma, o processo interpretativo a uma simples interpretação de textos de linguagem. Logo, para a compreensão da estrutura normativa é fundamental, portanto, uma teoria hermenêutica da norma, retirada da não identidade entre norma e texto normativo, visto que, como destaca Müller, "o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a *ponta do iceberg*".[16]

Vale destacar a lição de Häberle[17], que considera a interpretação não como atos de alguns indivíduos em posição privilegiada nos processos de tomada de decisão, mas sim como resultados da participação de um grupo numeroso de agentes, pois nesse processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição[18].

Muitas vezes, o significado compreendido após a leitura linear e isolada de um dispositivo legal não guarda correspondência com o seu verdadeiro sentido para o sistema normativo. Assim, faz-se necessária, no ato da aplicação da norma, a utilização de mecanismos hermenêuticos, que visam a atribuir um sentido compatível deste dispositivo com todo o sistema normativo no qual a norma está inserida e com a situação fática.

A interação entre norma e elementos reais que aparecem no ato concreto da aplicação proporciona àquela uma espécie de maximização das suas possibilidades reguladoras, ou seja, a extensão de seus significados.

No dizer de Castanheira Neves[19], a aplicação da norma é, pois, uma atividade condicionada pelas circunstâncias do caso jurídico (*prius metodológico).*

A redação objeto de interpretação pode apresentar vários sentidos diferentes possíveis, todos possuidores de certo grau de razoabilidade. A interpretação da norma dará a ela um sentido adequado. Essa interpretação não encontrará, porém, a única resposta possível para o problema.

Para Canotilho[20], interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários signos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo- constitucionalmente fundada.

Aos princípios de interpretação constitucional, cabe dirigir a solução do caso concreto, considerando, coordenado e valorando os pontos de vista[21].

---

[16] MULLER, Friedirch. *Métodos de trabalho de direito constitucional.* Trad.Peter Naumamm. São Paulo: Max Limonad, 2000.

[17] HÄBERLE, Meter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constitucional.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

[18] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

[19] CASTANHEIRA NEVES, *A. Metodologia jurídica.* Coimbra: Coimbra. 1993.

[20] CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.*2ª Ed.Coimbra: Almedina. 1998.

[21] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Os princípios constitucionais de interpretação têm por objetivo, de acordo com Luis Roberto Barroso, ser o fio condutor dos diferentes segmentos do texto constitucional, dando unidade ao sistema normativo, bem como condicionar a atuação dos poderes públicos[22].

A utilização desses princípios permite afastar do mundo jurídico interpretações integralmente subjetivas, muitas vezes obscuras, sem maiores repercussões para a integração social e para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, considera Konrad Hesse que a utilização dos princípios de interpretação firmes e visíveis pela jurisdição constitucional serve à clareza jurídica e à certeza jurídica.

São exemplos de princípios de interpretação constitucional: o *princípio da supremacia da constituição*, *princípio da interpretação conforme a constituição*, *princípio da unidade da constituição*, *princípio da máxima efetividade*, dentre outros.

1.1.4 Princípios jurídicos

Com a evolução da hermenêutica constitucional, aliada à esterilidade das discussões entre o jusnaturalismo e o positivismo, a dogmática jurídica ganhou novas definições, ou melhor, novos traços delineados pelo pós-positivismo[23].

Neste ambiente em que o Direito caminha ao lado da ética, torna-se indispensável a valorização dos princípios e a sua incorporação, direta ou indireta, nos textos constitucionais, ganhando, pois, força de norma jurídica.

A doutrina tende a incluir os princípios constitucionais como espécie de normas constitucionais ao lado das regras. Com isso, passa a ser reconhecido um *status* privilegiado para o princípio na ordenação da vida social, uma capacidade cada vez maior de atuarem os princípios na solução de conflitos na aplicação do direito[24].

No pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica[25].Nas preciosas lições do professor Paulo Bonavides, verifica-se que este movimento de se reconhecer força normativa aos princípios foi bastante disseminado na doutrina jurídica, sendo defendido na atualidade.

Destarte, com o peso de norma jurídica, os princípios ganharam alguns atributos inerentes a normas, ou seja, positividade, vinculatividade, obrigatoriedade, tendo eficácia positiva ou negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas.

Nessa ótica, restou por bastante superada a idéia de que os princípios teriam uma dimensão meramente axiológica, ética, sem nenhuma eficácia jurídica ou aplicação imediata ou direta.

---

[22] BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004.

[23] *O pós positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.*

[24] SANTOS, Gustavo Ferreira. *O principio da proporcionalidade na jurisprudência do STF.* Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004

[25] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Ed. Método, 2005.

1.2. Evolução histórica. Considerações de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Conforme já foi visto anteriormente, os princípios jurídicos conquistaram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade meramente integradora do Direito.

Como toda e qualquer construção dogmática - jurídica, as mudanças dos ideários sobre essa matéria não se deu de forma abrupta, ou melhor, da noite para o dia. Os postulados dessa teoria tiveram que percorrer longos e árduos caminhos até chegar aos fundamentos que a sustentam na atualidade.

A intensificação do debate sobre os princípios está intrinsecamente conectada às características do constitucionalismo recente e à superação do pensamento jurídico formalista, que, como sabido, atribuía a estes uma função meramente coadjuvante na interpretação[26].

Sob a égide do positivismo legalista, o Direito era considerado um sistema puro e fechado de regras, restando aos princípios apenas o papel secundário de auxiliar a colmatação de lacunas e de orientar a atividade interpretativa. Desta forma, não era acolhida pelo processo hermenêutico a utilização de valores abstratos, ou melhor, abertos, sob o fundamento de que tal aplicação poderia gerar risco à segurança e à objetividade necessária à aplicação da lei.

No âmbito do positivismo normativista os princípios não assumiam função jurídica de destaque, eis que para essa dogmática, a esfera de indeterminação do Direito é vista como uma permissão legal para o juiz decidir volitivamente, de modo que as normas dotadas de alto grau de abertura não seriam capazes de vincular eficazmente a atividade interpretativa[27].

A discussão sobre os princípios ganhou importância pelos ideais de uma corrente de pensamento que se apresenta de forma antagônica aos postulados tradicionais do positivismo, sendo denominada de pós-positivismo.

Para essa nova dogmática, também considerada por alguns como "*idade de ouro vivida pelos princípios*" [28], o sistema jurídico constitui um conjunto de regras e princípios, no qual estes últimos operam como portas de conexão entre a Moral e o Direito. Logo, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, de acordo com essa linha de pensamento, afasta a tese positivista da separação entre ética e direito como visão jus naturalista que os identifica como uma única coisa.

A primeira conceituação de princípio com qualidade de norma jurídica foi elaborada, ainda na década de 50, por Crisafulli, enfatizando o caráter normativo dos princípios.

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrario, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém[29].

---

[26] PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[27] Idem.

[28] Idem.

[29] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Método, 2005. p.187.

No entanto, foi com os estudos de Ronald Dworkin e do professor alemão Robert Alexy, que a normatividade dos princípios foi amplamente difundida e utilizada pela Ciência Jurídica.

Para Dworkin (1997) as doutrinas positivistas equivocam-se ao conceber o Direito como um modelo exclusivo de regras, ignorando a importante função que os princípios desempenham no sistema jurídico, notadamente na solução dos casos difíceis (*hard cases).*

Assim sendo, tanto as regras como os princípios desempenham uma função normativa, sendo empregados para disciplinar condutas e para fundamentar decisões judiciais.

Nessa acepção moderna, considera-se que as normas constitucionais se apresentam ou sob forma de regras, ou sob a forma de princípios. Nas palavras do professor Luis Roberto Barroso, a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras[30].

Portanto, a doutrina de forma predominante reconhece o caráter normativo dos princípios, considerando estes como espécies de normas jurídicas que, juntamente com as regras, integram o gênero *normas.*

Sob influência desta teoria, a constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

1.3 Distinção entre Princípios e Regras e seus desdobramentos

Nos últimos tempos, a distinção entre principio e regra ganhou bastante fôlego, tornando-se essencial para a superação do positivismo exacerbado (legalista), em que normas se cingiam às regras jurídicas engessando a hermenêutica constitucional.

A doutrina constitucional, conforme foi visto parágrafos acima, considera que as normas jurídicas fundamentais estruturam-se sob a forma de princípios e regras. Essa noção, à primeira vista singela, tem repercussões muito importantes sobre as diversas controvérsias relativas à interpretação dos direitos fundamentais, e especialmente sobre o problema de sua restringibilidade[31].

Em suma, grande parte dos problemas hermenêuticos envolvendo direitos dizem respeito à forma pela qual se concebem os princípios e sua relação com a regra. A referida diferença constitui "uma chave para a solução de problemas medulares da dogmática de direitos fundamentais" [32].

1.3.1. Diferenciação lógica entre princípios e regras

A diferença entre regras e princípios possui caráter lógico e qualitativo, e, na maioria das vezes, só pode ser verificada na aplicação da norma ao caso concreto. Tanto as regras

---

[30] BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004.

[31] PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[32] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1997.

quanto os princípios podem ser utilizados para fundamentar as decisões, mas diferem no sentido que dão ao trabalho do intérprete e aplicador.

Ronald Dworkin, em sua obra *Taking Rights Seriously*[33], estabeleceu dois critérios auxiliares para a distinção entre as espécies de norma jurídica, sugerindo, pois, a utilização do *"tudo ou nada"* e do *"peso* ou da *importância"*.

As duas categorias de normas (regras e princípios) se diferenciam, basicamente, por não comportarem as regras jurídicas aplicação parcial, ou seja, devem ser aplicadas de modo completo, de modo absoluto. Segundo o jurista norte-americano, a aplicação de uma regra se opera na modalidade do tudo ou nada *"all or nothing"*. Os princípios, por sua vez, possuem relatos com maior grau de abstração e maior dimensão de peso ou importância, atuando, pois, de forma diversa das regras.

Dessa forma, a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica: as regras são aplicadas de forma disjuntiva (*tudo ou nada*), enquanto os princípios, por não estabelecerem conseqüências jurídicas que devem ocorrer automaticamente quando determinadas condições se apresentem, são aplicados de acordo com a proximidade e relevância ao caso concreto.

Quanto ao *peso ou importância,* os princípios ostentam uma dimensão de peso específico ou importância que não está presente nas regras.

Para Ronald Dworkin:

> The different between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rules is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to decision[34- 35].

As regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações[36]. Assim, realizada a conduta ou ocorrendo a hipótese prevista em seu texto, a regra deve incidir automaticamente ao fato pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadramento dos fatos na previsão abstrata, produzindo uma conclusão.

Nessa visão, se em um caso concreto a ser analisado o fato corresponde a uma situação narrada em uma regra válida, então será tal regra aplicada à solução do problema, em seu inteiro teor, salvo se for inválida, se houver outra mais especifica, ou se não estiver em vigor.

Pode-se verificar a aplicação do método da subsunção, quando, por exemplo, havendo previsão de dispositivo constitucional estabelecendo a aposentadoria compulsória, um servidor público completa 70 anos de idade, este deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior complexidade.

---

[33] DWORKIN. Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ed. Ariel, 1997.

[34] Ibid.p.93.

[35] Tradução: *A diferença entre princípios jurídicos e regras é uma distinção lógica. Ambos estabelecem standards que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que nada contribuirá para a decisão.*

[36] BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004

Devido a sua aplicação pelo sistema *tudo ou nada*, havendo conflito entre duas regras, fenômeno este também conhecido por antinomias, somente uma será considerada válida e irá prevalecer em face da outra, de acordo com os critérios tradicionais de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e especialidade).

Os princípios, por sua vez, tendo em vista a sua forte carga valorativa, devem ter reconhecida a sua importância, o que implica que o teor do seu enunciado não corresponderá, em alguns casos, à realidade da sua aplicação, ou seja, terá, para o caso concreto, uma dimensão menor do que aquela que transparece da simples analise do seu enunciado, cedendo à aplicação de outras regras ou princípios também aplicáveis ao caso.

De acordo com Luis Roberto Barroso:

> Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. Por isso a sua incidência não deve ser posta em termos de *tudo ou nada,* de validade ou invalidade[37].

Na lição de Willis Santiago Guerra Filho[38],

> "As regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou "tipificação") de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como "fato permitido"). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a conseqüência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, in abstracto, antinômicos entre si."

1.3.2. Diferenciação qualitativa entre princípios e regras. Princípios como mandamentos de otimização

Conforme já explanado, a diferenciação entre regras e princípios se apresenta de forma imprescindível à aplicação e efetividade dos direitos fundamentais.

Robert Alexy considera que entre princípios e regras há uma distinção qualitativa. Segundo o autor germânico, influenciado pela doutrina de Ronald Dworkin, aquele considera que tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, de modo que a diferença trabalhada pela doutrina diz respeito a duas classes de normas, mas isso não significa que estas devem ser diferenciadas apenas pelo grau de abstração que ostentam, cabendo reconhecer a existência de uma diferença qualitativa[39].

---

[37] BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004

[38] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17).

[39] ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica.* Alicante: Doxa. 1988 .n. 5, p. 139-156.

Assim, seriam os princípios verdadeiros "mandamentos de otimização", ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Diz o autor:

> O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são comandos de otimização, que estão caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos[40].

Portanto, a aplicação dos princípios não está predeterminada, nem se resume a seu enunciado, mas depende de ponderações a serem procedidas no momento de sua aplicação, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e os fatos que envolvem a situação.

As regras, por sua vez, já contêm determinações em si sobre o fático e juridicamente possível, sendo normas que só podem ser cumpridas ou não[41].

Sobre as regras, explica Alexy:

> As regras são normas que, quando se cumpre o suposto de fato, ordenam uma conseqüência jurídica definitiva, isto é, quando se cumprem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente fazer algo. Portanto, podem ser chamadas *"comandos definitivos"*. Sua forma de aplicação característica é a subsunção. Diversamente, os princípios são *"comandos de otimização"*. Isto significa que os princípios requerem e dependem de ponderação.[42]

Como se viu, o ponto mais relevante nas idéias de Alexy é a qualificação dos princípios como comandos de otimização. Logo, podem ser aplicados em diferentes escalas, eis que são tratados de comandos *prima facie,* e não definitivos[43], comportando, pois, o seu cumprimento gradual, de acordo com as situações jurídicas e fáticas peculiares ao caso analisado.

1.3.3.Outros critérios para diferenciar princípios e regras. Apontamentos doutrinários de J.J. Canotilho e Eros Grau

A doutrina traz, além dos critérios anteriormente pormenorizados, outros elementos capazes de distinguir regras de princípios. Neste âmbito, pode-se citar o valioso trabalho de J.J. Canotilho[44] difundido no Brasil por Eros Grau.

De acordo com o constitucionalista português, a atividade de diferenciar as duas espécies de normas é tarefa particularmente complexa, exigindo, pois, que o hermeneuta lance mão de alguns critérios, mormente, *a) grau de abstração; b) grau de*

---

[40] ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica.* Alicante: Doxa. 1988 . p.155.

[41] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Trad. José Lamego, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

[42] Ibid. cit. 40. p.159.

[43] PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.*Rio de Janeiro: Renovar., 2006.

[44] CANOTILHO. J.J. Gomes.Direito Constitucional e Teoria da Constituição.2ª Edição.Coimbra: Almedina. 1988.

determinabilidade na aplicação do caso concreto; c) caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito; d) proximidade da idéia de direito; e)natureza normogenética.

O grau de abstração refere-se aos princípios como normas com um grau de abstração relativamente elevado. Ao contrário, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

Pelo segundo critério, os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de medições concretizadoras, enquanto as regras são possíveis de aplicação direta.

Quanto ao caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito, os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes, ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

Em relação à proximidade da idéia de direito, os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin), ou na idéia de direito (Larenz), enquanto as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional.

Em relação à natureza normogenética, os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenetica fundamental.

Ainda sobre a complexidade da distinção entre princípios e regras, aduz o mesmo autor que devem ser respondidas duas questões fundamentais. São elas: (1) Saber qual a função dos princípios (se tem função retórica ou argumentativa ou se não são normas de conduta); (2) Saber se existe só uma diferença de grau ou se há entre princípios e regras jurídicas uma diferenciação qualitativa.

A primeira questão é respondida com a idéia de multifuncionalidade dos princípios. Destarte, podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo os juízes, o desenvolvimento, a integração e a complementação do direito (*Richterrecht, analogia júris).*

A diferenciação qualitativa se proclama nos seguintes aspectos: I) os princípios são normas jurídicas impositivas de optimização, compatíveis com vários graus de concretização, fática e juridicamente condicionados. As regras, ao contrário, são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual e eles coexistem, enquanto a convivência das regras é antonômicas e se excluem.

Neste sentido, por serem *exigências de optimização,* permitem o balanceamento de valores e de interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras não deixam espaço para outra solução, ou seja, devem ser cumpridas na sua exata medida, obedecendo à lógica do *tudo ou nada.*

O terceiro aspecto definido por Canotilho mostra-se imperioso à elaboração e compreensão deste trabalho, uma vez que dá início à introdução do tema central na mente do leitor, demonstrando, pois, a essência do que se espera desenvolver.

Nesta perspectiva, em caso de *conflito entre princípios,* estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências"ou *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados, enquanto as regras contêm "fixação normativa" definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

Os princípios suscitam problemas de validade e peso, compreendendo a importância e a ponderação de valia. As regras, ao seu turno, colocam apenas questão de validade, ou seja, se elas não são corretas devem ser alteradas.

Apesar de haver diferenças entre regras e princípios, o que foi alvo de minucioso debate, por fundamento do principio da unidade constitucional, não existe qualquer hierarquia entre ambos.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NATUREZA E CARACTERÍSTICAS

A nova dogmática jurídica reconhece nos princípios o seu caráter normativo, imputando-lhe alcance e peso de norma jurídica. Nesta fase de ascensão dos princípios, estes ganharam importância constitucional, visto que são essenciais para efetivação dos direitos fundamentais e para a orientação de todo o ordenamento jurídico.

Sobre a importância constitucional alcançada pelos princípios na atualidade, articula Bonavides que estes se transformaram em verdadeiros fundamentos do ordenamento jurídico, no momento em que adquiriram status de princípios constitucionais.

> O ponto central da transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero supletório, para as Constituições, onde em nossos dias de convertem em fundamento de toda ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.[45]

Com efeito, é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios dilatou o seu campo de incidência, adquirindo mais força, altivez, latitude e profundidade para o seu completo desenvolvimento, pois como preceitua Canotilho, seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas, é o estalão das normas constitucionais, é o da explicitação conceitual e iluminação das positivações normativas de realidades jurígenas mais vastas e complexas.

Os princípios constitucionais proporcionam não só a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior, mas, acima de tudo, fundamentam todo o ordenamento jurídico.

O entendimento doutrinário moderno considera que os princípios constitucionais, por integrarem o corpo de uma Constituição exercem uma função orientadora fundamental, em que o intérprete deve se apegar no momento da aplicação do direito ao caso concreto, tendo em vista que todo o sistema normativo encontra-se alicerçado naqueles.

> Situados no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum,* ou seja, normas das normas[46].

---

[45] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Método, 2005, p. 187.
[46] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Método, 2005. p.188.

O rumo do constitucionalismo atual não pode ser entendido sem a observação da teoria dos princípios, apresentando-se esta como a pedra de toque, ou melhor, o embasamento da evolução dogmática constitucional.

Destarte, tal teoria representa a luz que ilumina e clareia os caminhos a serem trilhados nos momentos de positivação e constitucionalização das normas, além de guiar o julgador na ocasião da prestação jurisdicional.

A natureza dos princípios constitucionais é uma questão que comporta algumas discussões doutrinárias, tratando-se de um dos mais interessantes temas enfrentados ultimamente em estudos jurídicos.

Como foi visto anteriormente, os princípios adquiriram ao longo do tempo força normativa. Portanto, inegável a sua natureza de norma, ou melhor, de lei, apesar de possuírem características bem diferentes das regras.

Pela sua própria essência, os princípios representam mais do que comandos genéricos e abstratos estampados em normas. Na verdade, conforme se constata no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, expressam opções políticas fundamentais, e configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e Sociedade[47].

Tais princípios não possuem apenas natureza jurídica, mas também ideológica, política, filosófica e social. Como se observa, tratam-se de naturezas que informam o próprio Direito e as normas que integram o sistema jurídico.

Sobre a natureza dos princípios constitucionais, discorre Cármem Lúcia Antunes Rocha:

> Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado[48].

São, portanto, diretrizes que identificam a genealogia do sistema constitucional, trazendo em seu corpo o espírito e os fins do sistema, além de concretizarem as normas jurídicas constantes no ordenamento. Logo, a natureza dos princípios constitucionais transcende a mera juridicidade, eis que em face da sua vasta carga valorativa, não raras às vezes, estes encontram-se repletos de fundamentos políticos, sociais e filosóficos.

Os princípios constitucionais possuem características particulares que revelam a singularidade destes enquanto norma constitucional, diferenciando-o das demais modalidades normativas.

As características dos princípios constitucionais são bastante abordadas pelos constitucionalistas pátrios, não existindo, pois, enumeração doutrinária uniforme. No entanto, apesar de grandes obras sobre o assunto, a classificação realizada por Carmem Lúcia merece destaque.

Segundo Rocha, os princípios constitucionais possuem como características a generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, atualidade, poliformia, vinculabilidade, aderência, informalidade, complementariedade e normatividade jurídica.

---

[47] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais.* 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

[48] ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p.367.

A *generalidade* consiste em que os princípios não se reportam com especificidade às hipóteses concretas de regulações jurídicas. Têm por objetivo a concretização dos direitos fundamentais, no entanto, atingem as hipóteses de forma geral, ou seja, estabelecem orientações sem análise minuciosa ou específica.

Tal característica possibilita que a Constituição cumpra o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, a que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei[49].

Desta feita, essa característica (generalidade) afasta o engessamento do Direito em face das constantes evoluções (mutações) sociais, permitindo, assim, que este se mantenha sempre atualizado, apto a acompanhar e a corresponder aos aclames da sociedade.

A segunda característica dos princípios que se situam no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico é a *primariedade,* considerando que, pelo motivo dos princípios constitucionais serem primários, alguns subprincípios que integram o sistema decorrem deles.

Sob a ótica da *primariedade,* entende-se que esses princípios seriam primários e primeiros no interior do sistema constitucional, pois deles decorrem outros princípios, que são subprincípios em relação aos anteriores e que se podem conter, expressa ou implicitamente, nesse sistema[50].

Apesar de não ser objeto desse estudo, cumpre destacar que tal primariedade poderá ser compreendida sob vários aspectos, quais sejam: histórico, jurídico, lógico e ideológico.

A terceira característica suscitada pela Autora é a da *dimensão axiológica,* que significa que os princípios constitucionais possuem tal dimensão devido ao seu conteúdo ético de que se dotam. Não se quer dizer com isso que estes são verdadeiros direitos absolutos, e sim que apesar da dimensão valorativa de que estes são dotados sujeitam-se sempre à mutabilidade da sociedade.

A *objetividade* também é uma característica predominante e essencial dos princípios constitucionais, tendo em vista que, apesar de serem caracterizados pela generalidade, conforme foi visto acima, seus conteúdos não são subjetivos ou aleatórios.

Cada princípio possui conteúdo jurídico próprio, devendo o operador do direito extrair das normas nas quais eles se encontram inseridos. Desta forma, a objetividade impede aos intérpretes a opção livre de significados a serem retirados num determinado momento da vigência do sistema jurídico.

Para a professora Carmem Lúcia, a *objetividade* desses princípios visa a impedir que haja os "donos da verdade constitucional", dizendo o direito segundo suas mundividências próprias, as quais, por vezes, podem se contrapor, drasticamente, ao texto constitucional. Nessa perspectiva, "a objetividade é a qualidade que assegura a eficácia do Direito como veículo possibilitador do justo legitimado socialmente".[51]

A quinta característica trata-se da *transcendência.* Tal qualidade consiste em que essa espécie de princípios transcende a redação normativa constitucional e atuam no ordenamento jurídico com força administrativa, legislativa, jurisdicional, etc.

---

[49] ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey: 1994.p.36.

[50] Ibid.

[51] ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p.37.

Sobre esta característica, Canotilho considera que seus conteúdos normativos transcendem o conjunto literalizado de significados principialistas no texto da constituição, e se densificam na constelação de conceitos e opiniões constitucionalmente adequadas.

A *atualidade* traduz a idéia de que as normas constitucionais devem acompanhar as transformações sociais, para garantir a efetividade do ordenamento jurídico. Assim, para manter a sincronia entre as bases normativas e o ideário político-jurídico vivenciado pelo povo (destinatário das normas), a constituição deve sempre observar e acompanhar, no mesmo ritmo, a evolução da sociedade.

Outro elemento caracterizador dos princípios constitucionais que permite a atualização do sistema a fim de preservar a eficácia social e jurídica é a *poliformia.* Tal característica permite que a constituição seja mutável e se adapte à nova realidade social.

Para Rocha (1994), a plasticidade dos conteúdos principialistas constitucionais, conseqüentes das duas características antes apontadas, é que permite a mudança no sentido dos textos constitucionais sem a alteração de seus enunciados normativos, garantindo-se a eficácia do ordenamento constitucional, que deve se plasmar às novas visualizações sociais do Direito.

Os princípios constitucionais são ao mesmo tempo vinculantes e vinculados. Tal frase traduz a característica da *vinculabilidade,* que considera que os princípios veiculam em normas jurídicas, que têm, à sua vez, a qualidade impositiva, coercitiva e insuperável. De outra sorte, todas as regras e princípios constitucionais, bem como as demais normas previstas no ordenamento jurídico, vinculam-se ao quanto "principiologicamente"[52] definido na Constituição.

Vale destacar que tal *vinculabilidade* não se restringe apenas ao legislador, mas também ao juiz e demais cidadãos da sociedade politicamente organizada. Portanto, no exercício da prestação jurisdicional, bem como na atividade de cidadania, todos devem observar os princípios elencados na constituição.

Decorre dessa vinculação outra característica inerente aos princípios tratados nesse capitulo, qual seja, *aderência.* A aderência revela que nenhum comportamento estatal ou particular poderá se furtar, de forma exceptiva, ao que fora constitucionalmente previsto.

A penúltima característica mencionada por Rocha é a *informatividade* dos princípios constitucionais, ou seja, os princípios constitucionais são informativos de todo o ordenamento jurídico de um Estado.

Assim, todas as regulamentações que ingressam no ordenamento jurídico devem ser informadas pelos princípios, servindo estes como alicerces (bases) do sistema normativo, ou seja, diretrizes que orientam todo o ordenamento.

A décima segunda característica dos princípios é a *complementariedade.* Explicando esse atributo, diz a ilustre constitucionalista que atualmente preenche uma cadeira no Supremo Tribunal Federal, pela complementariedade que os caracteriza, os princípios constitucionais são condicionantes uns dos outros. O seu entendimento perfeito é sempre uma inteligência extraída de todos eles, do entrosamento que deles se retire[53].

---

[52] ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p. 39.

[53] ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey: 1994. p. 39

Por fim, a *normatividade* se apresenta como a última característica dos princípios constitucionais. Esse assunto já foi abordado com bastante profundidade anteriormente, permitindo, pois, que se faça, neste momento, apenas uma breve recordação.

Os princípios são preceitos de regulamentação abstrata e geral, que diferem das regras, mas que, como elas, são normas jurídicas, com todos os pressupostos inerentes a estas, mormente, imperatividade, vinculabilidade e aplicabilidade.

Portanto, pela nova dogmática jurídica constitucional, os princípios constitucionais são admitidos como espécies de normas jurídicas, possuindo peso e *status* de norma.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM ROTA DE COLISÃO

3.1. Princípios em Rota de colisão. Breve introdução. Evolução doutrinária

Inicialmente, o presente estudo adotou a visão segundo a qual os direitos fundamentais são positivados por meio de regras e de princípios, admitindo-se que estes podem entrar em conflito, por suas próprias estruturas.

Como foi visto anteriormente, um sistema jurídico é composto de diversos princípios que se complementam, formando uma unidade. Os princípios previstos na Constituição jamais se contrariam, senão seria admitir que o entendimento do Direito enquanto sistema aberto conteria uma desarmonia entre seus elementos. No entanto, isso não significa dizer que numa determinada situação concreta não possa ocorrer uma contradição entre dois ou mais princípios, nascendo aí uma concorrência, sendo, que, ao final, ambos cederão espaço reciprocamente.

Como explica Müller, a Constituição é de si mesma um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição o seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias, embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente, e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, o método e os sentimentos da época[54].

A doutrina é unânime em reconhecer que, na prática constitucional, há inúmeros casos nos quais a determinação da norma aplicável revela-se controvertida, pois, não raro, os fatos em análise podem aparentemente ser subsumidos a mais de um comando normativo, os quais indicam soluções distintas e conflitantes para o problema.

Para Canotilho, pode existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular[55].

---

[54] MÜLLER, Friedrich. *Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos.* In: *Teses à XV Conferencia Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.* Foz do Iguaçu, 1994.

[55] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Almedina,2000..

Assim, não é difícil presenciar situações em que os princípios constitucionais entram em conflitos, ou seja, hipóteses em que mais de uma norma fundamental, distintas e contrapostas, são aplicáveis a um único fato.

A título de exemplo, Jane Reis Gonçalves Pereira[56] cita em seu livro o célebre aresto Mephisto, decidido pela Corte Constitucional Alemã, em que fica demonstrada a colisão entre princípios constitucionais.

No caso em questão, o filho adotivo do autor e diretor Gustaf Grundens pretendia evitar a publicação do livro Mephisto, de Klaus Mann, que tem por tema a bem-sucedida trajetória de um talentoso ator, chamado Hendrick Horffen. A narrativa do livro descreve o processo psicológico que leva o protagonista a associar-se aos detentores do Poder da Alemanha nazista, abrindo mão de suas convicções políticas e vínculos afetivos, visando a alcançar sucesso em sua carreira artística. Mann houvera se inspirado na vida de Grundgens para moldar o personagem. A questão, portanto, dizia respeito a saber se deveria prevalecer a liberdade artística do editor (garantida no art.5, num.3 frase 1, da Lei Fundamental) ou os direitos da personalidade do falecido Gustaf Grundens e seu filho adotivo (tutelado pelo art.1, num. 1, da Lei fundamental.

Ao enfrentar este caso, a Corte Constitucional entendeu que a garantia da liberdade artística pode entrar em conflito com a esfera da personalidade protegida constitucionalmente, porque uma obra artística pode interferir no plano social.

No entanto, ao decidir sobre que direito deveria ser tutela no caso, houve empate na votação, o que, segundo as normas relativas ao recurso constitucional germânico, significa dizer que a decisão atacada – que acolhera a pretensão do filho de Grundgens, proibindo a reprodução e distribuição do livro - foi mantida.

Recentemente, foi divulgada em todos os telejornais brasileiros a disputa judicial travada entre o cantor Roberto Carlos e Paulo César Araújo, autor de uma biografia sua não autorizada. O caso, que não foi apreciado pelas cortes superiores, e que foi alvo de acordo judicial, envolveu, mais uma vez, o direito à liberdade de expressão e informação *versus* o direito a intimidade.

Da situação erigida surge a acalentada discussão constitucional, conhecida pelo conflito de direitos fundamentais (*Grunrechtskollision*).

Para demonstrar a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, utiliza-se o clássico exemplo, fornecido por Jane Reis Pereira, do autor de um romance que retrata em sua obra a vida de um cidadão sem a autorização deste, envolvendo, portanto, o conflito entre a liberdade de expressão *e* o direito à intimidade e à honra, ambos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

> O artigo 5°, inciso IX, da Constituição de 1988, estabelece que *"é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação ..."*. No entanto, o inciso X do mesmo artigo estabelece que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas ..."*. Assim, imagine-se que um determinado escritor venha a lançar um romance e que, pelo perfil do personagem principal e pelo delinear da narrativa, seja possível ao público inferir que este buscou inspiração em sua própria vida. Imaginemos, ainda, que o livro relate, com riqueza de detalhes, a estória de um relacionamento extraconjugal entre o protagonista e a esposa de um político de expressão nacional, fazendo referências, inclusive, a aspectos sórdidos relativos aos hábitos sexuais da amante do personagem. Figure-se, ainda, que o escritor tenha declarado publicamente que o personagem é seu

[56] PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

> alter-ego,e que, pelo seu círculo de relações e pelas minúcias contidas na narrativa, seja possível que o público leitor deduza a identidade da senhora que lhe serviu de inspiração.[57]

Diante do exemplo citado, verifica-se a incidência de dois direitos fundamentais. A conduta de escrever e publicar um livro encontra-se permitida no art. 5°, IX, CF (atividade artística e intelectual). Por outro lado, os detalhes relativos à vida sexual das pessoas são ordinariamente considerados como integrantes de sua esfera intima.

3.2. Princípios constitucionais potencialmente conflitantes. Características.

Não se pode negar que os preceitos constitucionais contemporâneos ostentam substratos éticos complexos. Tornou-se pacífico a afirmação de que os valores e opções políticas expressados nas Constituição atuais são variados e, muitas vezes, antagônicos, o que faz com que tenham uma tendência natural a colidir[58].

De acordo com o magistério de Noberto Bobbio, nossos sistemas jurídicos não são sistemas éticos unitários (...); eles não se fundam num único postulado ético, ou sobre um grupo de postulados coerentes, mas sistemas com muitos valores e esses são muitas vezes antinômicos entre si[59].

O fato de a Constituição constituir um sistema aberto de princípios já insinua que podem existir *fenômenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais[60].

Os conflitos entre direitos fundamentais constitucionais nada mais são do que espécies de antinomias normativas, ou seja, contradições entre normas que ocorrem quando estas atribuem conseqüências diversas para uma mesma situação fática.

Em suma, as antinomias normativas que envolvem normas de direito fundamental são, portanto, consideradas colisões de princípios constitucionais. Tais conflitos, segundo Ricardo Guastini[61], possuem, de um modo geral, as seguintes peculiaridades: *a) são conflitos entre normas contemporâneas e de idêntica hierarquia no sistema de fontes; b) são antonímias eventuais ou, na terminologia de Alf Ross, de tipo "parcial-parcial"; c) são conflitos em concreto;*

A primeira característica traduz a idéia de que as normas conflitantes, além de estarem em vigor ao mesmo momento, ou seja, coexistirem na mesma época, ocupam, também, o mesmo patamar hierárquico no ordenamento jurídico, qual seja, estatura constitucional.

A segunda característica inerente aos conflitos entre princípios é fruto da classificação das antinomias normativas formulada pelo dinamarquês Alf Ross[62]. Para Ross, as antinomias podem dar-se de três formas: "total-total", "total-parcial" e "parcial-parcial".

---

[57]PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág. 226.

[58] PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.222.

[59] BOBBIO, *Norbeto. Des critères por résundre les antinomies.* In: Essais de théorie du droit. Paris: L. G. D. J., 1998.

[60] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Almedina, 2000.

[61] GUASTINI, Ricardo. *Princípios de derecho y discrecionalidad judicial.* In: Estúdios de teoria constitucional. México, Doctrina jurídica contemporânea. 2001.

[62]ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 158-159.

Desta feita, ocorre a chamada antinomia *total-total* quando nenhuma das normas pode ser aplicada, sob circunstancia alguma, sem entrar em conflito com a outra. Logo, a aplicação de qualquer uma das normas implicará, obrigatoriamente, a contraposição, ou melhor, a colisão do texto normativo com outra norma conflitante.

A antinomia *total-parcial* ocorre quando uma das duas normas não pode ser aplicada, sob nenhuma circunstância, sem entrar em conflito com outra, enquanto esta tem um campo adicional de aplicação que não entra em conflito com a primeira[63]. Essa espécie de antinomia surge quando há conflito entre norma geral e norma particular.

Os conflitos entre direitos fundamentais, como foi dito acima, são do tipo antinomias *parcial-parcial*. Isto ocorre quando cada uma das normas possui um campo de aplicação que entra em conflito com a outra, porém também possui um campo adicional de aplicação no qual não são produzidos conflitos. Logo, ambas incidem sobre hipóteses fáticas, em parte, idênticas, mas em parte, diferentes[64].

Pode se concluir, a partir das características comuns aos conflitos entre direitos fundamentais, que estes, normalmente, não podem ser dirimidos pelos métodos clássicos de solução de antinomias, necessitando, pois, de outras técnicas hermenêuticas destinadas a escolher qual o principio que deve ser aplicado no caso concreto.

A titulo de exemplo, podemos citar a colisão em que direitos individuais entram em conflito com o interesse publico na apuração e punição de delitos e infrações.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou uma questão que evidenciava tal modalidade de colisão, que conflitava o dever da Administração Pública de apurar notícias de atos lesivos ao patrimônio e à moralidade pública nas hipóteses de delação anônima.

No caso, buscava-se impedir a investigação, pelo Tribunal de Contas da União, de fatos relatados por meio de carta apócrifa – concernentes a irregularidades em licitações e pagamentos de diárias em valores excessivos. O ministro Celso de Mello, ao examinar, em decisão monocrática, o pedido de liminar, registrou que a delação anônima pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, reconhecendo, na hipótese, um conflito entre razões de interesse social – consubstanciadas no direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade – com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (art. 5, X, CF)[65].

Apesar de algumas vezes ser possível verificar o antagonismo entre bens e interesses públicos e coletivos e os direitos fundamentais individuais, não se pode admiti-lo como regra, pois os bens públicos são meios de realização de direitos individuais.

3.3. A Ponderação como método solucionador de colisão entre princípios constitucionais

Antes de adentrarmos na abordagem direta sobre a ponderação como técnica hermenêutica de solução de conflitos entre direitos fundamentais, faz-se necessário realizar um breve estudo sobre a evolução histórica da dogmática jurídica constitucional, partindo

---

[63] Ibid.67. 158-159.

[64] ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 158-159.

[65] PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág. 232.

da técnica subsuntiva até o reconhecimento da ponderação no cenário hermeneutico - jurídico.

Por muito tempo, a subsunção foi à única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobra a premissa menor – os fatos – e produzindo, como conseqüência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto[66]. Tal técnica mostra-se importante para a própria dinâmica do direito.

Assim, as atividades desempenhadas pelos operadores do Direito resumiam-se, basicamente, na simples aplicação da norma jurídica ao caso concreto, ou seja, apegavam-se estes aos apontamentos do procedimento subsuntivo.

Com o passar dos anos, a dogmática jurídica constatou que o método subsuntivo possuía limites, não sendo suficiente para lidar com todas as situações apresentadas, tendo em vista que devido à ascensão dos princípios, não são raras às vezes em que estes colidem uns com os outros.

Verificou-se, portanto, que em certas situações mais de uma norma pode incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, para uma premissa menor -, como no clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra e à intimidade, de outro.

Como se observa facilmente, as normas conflitantes tutelam valores distintos e apresentam soluções diversas e contraditórias para a mesma questão. Se no presente caso fossem empregados os artifícios da técnica de subsunção (premissa maior – premissa menor), a solução para esse problema importaria a escolha de uma única premissa maior, afastando-se as demais. Tal prática não seria correta sob o ponto de vista constitucional, face ao princípio instrumental da unidade da Constituição (o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas)[67].

A doutrina jurídica-constitucional firmou o entendimento de que nesses casos complexos a subsunção não se mostra apta a solucioná-los, sendo, portanto, necessário o emprego de uma metodologia capaz de trabalhar diante desses conflitos, ponderando a importância e relevância das normas colididas ao fato concreto.

Há, portanto, hipóteses em que dois ou mais princípios constitucionais incidem em um mesmo fato, entrando, pois, em rota de colisão. Nesses casos, denominados pela doutrina norte-americana de *"hard cases"*, a aplicação da técnica de subsunção não se mostra eficaz, o que exige do intérprete lançar mão de outras técnicas capazes de dirimir os conflitos.

Para Jane Reis Pereira, ponderação consiste na operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, prevalecer[68].

Portanto, pode-se entender por ponderação tanto o procedimento adotado para chegar a uma decisão ou para argumentar uma decisão (i), quanto o resultado de referido procedimento (ii), o qual leva a afastar-se um direito ou bem jurídico em detrimento de

---

[66]BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004. pág.356.

[67] BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004. pág.356.

[68] PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.*Rio de Janeiro: Renovar. Rio de Janeiro, 2006. pág. 261.

outro cujo cumprimento é considerado de maior importância ou peso[69], ou seja que leva a se aplicar a chamada "lei de ponderação", apta a solucionar qualquer conflito entre bens e direitos: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfação ou realização do princípio oposto[70].

4. ESTUDOS DE CASOS ENFRENTADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Já se comentou, anteriormente, que a solução de conflitos ou tensões entre direitos fundamentais na teoria dos princípios é dada pela hierarquização dos princípios conflitantes. Para realizar tal hierarquização, procede-se a uma ponderação racional ou argumentativa, feita num enfoque pragmático-argumentativo, indicando qual dos interesses em conflito ou tensão possui maior ou menor peso no caso concreto[71].

Assim, a ponderação racional é aquela feita com base em enunciados de precedência, que necessariamente devem ser fundamentados racionalmente. São exemplos de enunciados de precedência: a intenção original do legislador, as conseqüências sociais benéficas ou maléficas da decisão, as opiniões dogmáticas e a jurisprudência.

Mas esta precedência não é absoluta, mas sim uma precedência condicionada, em que se leva em conta o caso concreto, e se indica as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sobre outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma inversa. [72]

Portanto, caberá ao julgador, diante do caso concreto, através da ponderação resolver as tensões entre princípios que incidem no mesmo fato e fornecem, por vezes, soluções diversas ao mesmo.

Ingo Wolfgang Sarlet[73]considera que nestes casos deve o aplicador se apegar ao processo de ponderação, o qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas sim da tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.

Nesse contexto, o presente capítulo abordará alguns desses "casos difíceis" já enfrentados pelos tribunais pátrios, em que a utilização do método subsuntivo restou insuficiente para aplicar o direito ao caso concreto. Portanto, os julgadores utilizaram-se da ponderação como meio de apaziguar os conflitos entre princípios constitucionais.

4.1 A liberdade de expressão e informação versus a preservação da imagem, honra e intimidade

No tempo sombrio da ditadura militar, as pessoas não podiam manifestar os seus pensamentos ou ideais contrários aos interesses do Governo, pois a imprensa era, rigorosamente, fiscalizada através da censura. Assim, alguns artistas e intelectuais da época

---

[69] SANTIAGO. José Maria Rodriguez. La ponderacion de bienes e intereses em el derecho adminsitrativo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

[70] ALEXY. Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

[71] ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, Renovar, 1999.

[72] Idem. p.90.

[73] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

utilizavam músicas ou obras literárias para camuflar as mensagens de protesto ao sistema, numa luta árdua que implicou em diversos atos de violência.

Foi com a Constituição Republicana de 1988 que o princípio da liberdade de expressão ganhou maior importância e peso no Brasil, procurando, pois, garantir a livre manifestação da imprensa contra possíveis desvios autoritários de governantes tiranos. Segundo Daniel Sarmento, hoje, no Brasil, a imprensa trabalha com liberdade, exercendo o seu legítimo papel de controle do Estado, e os artistas podem produzir as suas obras sem o temor das idiossincrasias dos censores de plantão[74].

É nesse novo cenário constitucional brasileiro que aparecem as questões mais difíceis envolvendo a liberdade de expressão, sendo necessária a imposição de alguns limites a este direito fundamental em face de outro direito fundamental igualmente importante, qual seja, o direito à privacidade, honra e intimidade. No direito comparado, a fixação de limites ao princípio da liberdade de expressão é normalmente estudado sob o rótulo *"hate espeech"*[75].

4.1.1. Fotografia veiculada sem autorização em periódico de grande circulação

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal enfrentou um caso que envolve, claramente, a situação descrita linhas acima, ou seja, o confronto entre a liberdade de informação e o direito a imagem.

Tratava-se da veiculação em periódico de grande circulação da fotografia de um cidadão que teria sido preso e acusado injustamente da pratica de um crime, tendo inclusive, seu nome publicado como autor do delito em todos os jornais e emissoras de televisão. O magistrado que apreciou a ação indenizatória considerou complexa a referida tarefa jurisdicional, pois segundo este, "de um lado tenho um homem que foi preso e acusado injustamente de um crime e teve seu nome publicado como autor desse crime em todos os jornais e órgãos de televisão, enquanto do outro lado, tenho um órgão de imprensa que visivelmente foi levado a publicar a notícia inverídica, no momento em que até o Poder Judiciário cria ser verídica"[76].

No caso sob comento, pode-se observar que o periódico publicou informações dadas por fonte oficial, qual seja, o inquérito policial. Além disso, muito pesou o fato de que tão logo foi esclarecida a inocência do autor, a ré publicou novas reportagens demonstrando a ausência de culpa do mesmo.

Neste sentido, tal pretensão indenizatória foi julgada improcedente, pois o juiz da causa considerou, diante das peculiaridades do caso concreto, que o princípio da liberdade de informação, tão mitigado outrora, deveria prevalecer em face do direito a imagem do ofendido.

A segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça da Capital Federal assim sintetizou a solução conferida do conflito de princípios verificado na Apelação Cível nº 1999.011031625-6, apreciando o caso em que uma cidadã teve sua foto veiculada em um periódico no momento em que se encontrava em um salão de beleza:

> CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO NÃO – AUTORIZADA DE FOTOGRAFIA E A LIBERDADE DE IMPRENSA. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – OBSERVÂNCIA

[74] SARMENTO, Daniel. *Livre e iguais: um estudo de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
[75] Ibid.
[76] Revista Doutrina e Jurisprudência, Brasília, mai-ago, 2000 TJDF,p.322.

DO COMANDO DO ARTIGO 53 DA LEI Nº 5.250/67. A publicação desautorizada de fotografia de pessoa que se encontra em salão de beleza, ambiente privado, embora aberto ao publico, ofende o direito a intimidade e produz dano moral. A liberdade de imprensa encontra limites em seus auto-estorvos. O interesse jornalístico não pode sobrepor-se aos interesses da coletividade destinatária da informação e causa primeira da existência do próprio jornal. O interesse público mostra-se refratário à possibilidade de causar constrangimento à pessoa humana. Havendo violação à privacidade e à imagem, a pessoa ofendida há de ser devidamente indenizada. Havendo vontade livre e consciente da empresa jornalística no sentido de ocupar seu caderno com a fotografia, até porque essa vale mais de mil palavras, na fixação da verba indenizatória, há de ser observado o comando do art.53 da Lei nº 5.250/67, sempre presentes os critérios atinentes às condições sociais, políticas e econômicas, quer da vítima, quer do ofensor, bem assim à natureza e à extensão do dano moral. Apelação não-provida. Recurso adesivo, parcialmente provido. Maioria.

Do corpo do acórdão:

CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc., e, dependendo das circunstâncias,mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova de prejuízo. Hipótese, todavia, em que o autor da ação foi retratado de forma acidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem. Recurso especial não conhecido. (RESP 85905/RJ, T3, Relator: Min. Ari Pargendler, DJ – 13/12/1999)

Desta forma, utilizando-se o instrumento ponderativo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, entenderam, diante das circunstancias particulares do caso em concreto, que o princípio da liberdade de expressão cedeu em face do direito à intimidade e privacidade da pessoa humana.

Cumpre destacar que, tratando-se de veiculação de fotografias de pessoas públicas (artista, autoridades, parlamentares), a lógica da aplicação do método de ponderação, sem dúvidas, irá se alterar, pois estas abrem mão de uma parcela de suas privacidades, estando sempre sujeitas a notícias e criticas a respeito de sua pessoa.

Recentemente, uma modelo brasileira foi alvo da câmera de um paparazzi (fotógrafos que buscam fotos de artistas fora de suas atuações) no momento em que aproveitava momentos "românticos" junto com seu namorado, numa praia na Espanha. Tais fotos e gravações foram parar nas capas de varias revistas no mundo, aguçando ainda mais a problemática da colisão entre os princípios objeto deste tópico.

Matéria semelhante já foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso em que uma empresa jornalística veiculou em um exemplar a fotografia de uma modelo numa praia do litoral catarinense fazendo *topless*. Entendeu a Corte Superior de Justiça que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição da vítima.

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido. (REsp 595600 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2003/0177033-2 - Ministro CESAR ASFOR ROCHA- T4 - DJ 13.09.2004 p. 259 RDR vol. 31 p. 442 RSTJ vol. 184 p. 386)

No trecho do seu voto, o ministro relator pondera *in concreto* o conflito entre os princípios tutelados pela Constituição de 1988, dizendo que a empresa ré exerceu sua liberdade de imprensa, que tem amparo constitucional, sem ferir as garantias da autora que, por sua vez, exerceu sua liberdade pessoal, consciente ou inconscientemente, produzindo notícia, pela prática de topless, em público.

Ainda no caso sob analise, levou-se em consideração que a partir do momento em que uma jovem, por sua vontade livre e consciente, desnuda os seios em local público, expõe-se ela à apreciação das pessoas que ali se fazem presentes, de tal sorte que se jornal de circulação estadual e tido como idôneo lhe fotografa, apenas registra um fato que ocorreu numa praia, ampliando a divulgação de uma imagem que já se fez aberta aos olhos do público.

A própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.

Entendeu, portanto, o relator que se a suposta ofendida expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Como se constatou, um princípio que ora cede lugar poderá em outro caso sobrepujar o outro, de acordo com as peculiaridades de cada caso. A análise jurisprudencial revela que em vários casos a liberdade de expressão e informação colide com a intimidade, honra e imagem, o que exige a ponderação de interesses.

4.1.2. Matéria veiculada em periódicos que viola o direito a intimidade da vida privada

Apesar de ainda pertencer à temática que envolve o conflito entre liberdade de expressão e informação e direito à privacidade, honra e intimidade, cuida-se neste momento dos casos em que matérias sobre a vida privada das pessoas são veiculadas a pretexto da observância à liberdade de expressão.

Esta matéria já foi decidida pelos tribunais brasileiros, ganhando maior importância no caso que envolveu uma atriz de uma grande emissora de televisão. Cuidava-se de um ação de reparação de danos proposta pela atriz Maria Zilda Bethelm Vieira contra a Editora Abril S.A., cuja causa de pedir remota foi uma matéria jornalística publicada na seção Gente da revista Veja, noticiando que a autora, quando estava sendo transmitida a novela "Olho por Olho", teria o hábito de faltar às gravações ou chegar alcoolizada, ferindo, portanto, o seu direito à intimidade (inviolabilidade da vida privada).

A Editora Abril S.A sustentou em sua defesa que sua conduta (a de publicar a matéria) estava em consonância com o preceito constitucional que garante a liberdade de informação, tendo, por isso, agido em absoluta conformidade com a Carta Magna, informando seus leitores a respeito de fato de interesse público, pelo que não teria praticado ato ilícito.

O Desembargador relator, afirmando que "não é possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente, fora do conjunto harmônico em que deve ser situada; princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que se abdique da pretensão de interpretá-los de forma isolada e absoluta", aduziu em seu voto que "a revelação de verdades da vida privada capazes de causar transtornos só se justifica se isso for essencial para se entender um fenômeno histórico. Se não, vira artifício sensacionalista,

o que é eticamente condenável e politicamente perigoso". O acórdão ficou assim ementado, excluídas as partes que não nos interessam:

> (...) Responsabilidade civil de empresa jornalística. Publicação ofensiva. I . Liberdade de informação versus inviolabilidade à vida privada. Princípio da unidade constitucional. Na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. De um lado, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, de outro lado, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Sempre que princípios aparentam colidir, deve o intérprete procurar as reciprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da lealdade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos" (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n° 760/96 - RJ, 2ª Câmara Cível, rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO).

Dessa forma, no caso concreto, ponderou-se que o princípio da inviolabilidade da vida privada teria maior "peso e importância" do que a liberdade de expressão, para fins de aplicação da sanção civil. Aplicou-se, assim, a dimensão de peso e importância, apesar de ficar consignado em diversas partes do acórdão que se deveria buscar a conciliação dos princípios.

Na hipótese, como a conciliação completa não seria possível, tendo em vista que a matéria já havia sido publicada, condenou-se a Editora Abril S.A. a pagar uma indenização à atriz, pela violação de sua vida privada.

Recentemente, a questão em tela ganhou fôlego com a famosa contenda judicial entre o cantor Roberto Carlos e o autor de sua biografia, não autorizada. Questionou-se que, devido à liberdade de expressão e informação amplamente protegida pela Constituição Federal, o autor teria direito à publicação da obra literária sobre a vida particular de Roberto Carlos, apesar da ausência de consentimento do mesmo. No entanto, como já foi dito anteriormente, um acordo entre as partes pôs termo ao litígio.

4.1.3. A liberdade de expressão versus manifestações de cunho anti-semita. Julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal – HC 82.424/RS – Caso Ellwanger

Sem embargo do que foi dito anteriormente, um dos casos mais importantes envolvendo colisão entre princípios fundamentais foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do habeas corpus n° 82.424/RS, em que se discutiu que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho anti-semita, que podem ser objeto de persecução penal pela pratica de crime de racismo.

Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada em favor do paciente Siegfried Ellwanger, que foi condenado a 2 anos de reclusão, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa "revisão Editora Ltda", editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria, que, segundo a denúncia, abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando com isso incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão do *writ* foi denegatória, mantendo, pois, a condenação do acusado de crime de discriminação contra os judeus, entendendo a Corte Superior de Justiça que tal conduta se enquadraria como racismo, sendo, portanto, imprescritível. Assim, tal decisão foi alvo de novo *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal, o qual restou denegado, nos seguintes termos:

> **HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e**

> **pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.** (grifos nossos)

Esta posição da Suprema Corte brasileira, utilizando-se da ponderação diante de um caso em que princípios constitucionais entraram em rota de colisão, foi bastante festejada de forma praticamente unânime, tanto pela doutrina quanto pela sociedade civil.

4.2. Integridade física *versus* honra e reputação dos servidores públicos

Um caso emblemático enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal que versa sobre a colisão entre direitos enumerados no catálogo dos direitos fundamentais, é a reclamação nº 2040-1, também conhecido como caso "Gloria Trevi".

Trata-se de um caso em que uma cantora mexicana afirmou ter sido violentada no período em que esteve presa na carceragem da Superintendência da PF (Polícia Federal), em Brasília. Segundo a cantora, a mesma teria engravidado no período em que esteve presa na carceragem sem nunca ter recebido visitas íntimas. No depoimento prestado à sindicância que a PF instaurou para apurar as circunstâncias em que ocorreu a gravidez, ela insinuou que foi vítima do delito denominado estupro.

A Policia Federal e os agentes federais que estavam sendo acusados das denuncias anteriormente referidas, movimentaram o poder judiciário com a pretensão de realização de exame DNA para afastar as alegações que reputavam inverídicas.

Assim, o STF apreciou uma contenda envolvendo o direito à honra e à imagem de policiais federais acusados pelo crime de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e o direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.

> Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradição n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averigüação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da

parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5°, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

Entendeu, portanto, o Supremo Tribunal Federal que as circunstancias particulares do caso – interferência diminuta na integridade física da mãe e do menor e repercussão das acusações perpetradas pela mãe aos servidores públicos – tratava-se de conflito entre direitos fundamentais.

Desta feita, diante dos elementos colhidos na analise do caso concreto, o STF ponderou e decidiu que a honra e a reputação dos servidores públicos deveria prevalecer sobre a integridade física da mãe e do filho, eis que para a realização do referido exame, fora retirada substancia da própria placenta, o que corresponde a uma ofensa diminuta a integridade física e a intimidade.

Logo, não raras às vezes em que os princípios constitucionais entrem em rota de colisão, situação esta que exige do aplicador do direito ponderar, de acordo com as peculiaridades do caso analisado, bem como avaliando o peso ou importância de cada em relação ao fato, qual dos princípios deverá ceder em face do outro.

CONCLUSÃO

O escopo deste estudo foi demonstrar que apesar da convivência harmônica entre as normas previstas no corpo da Constituição Federal, devido ao princípio da unidade constitucional, existem situações em que duas normas incidem ao mesmo tempo em um determinado caso, e, portanto, trazem soluções distintas ao mesmo.

Verificou-se, inicialmente, que a norma jurídica é um gênero que possui como espécies os princípios e as regras, ou seja, estes integram o conceito de norma. No entanto, podemos constatar algumas diferenças fundamentais entre os princípios e as regras, principalmente no que tange às suas aplicabilidades.

Não se pode negar que no cenário constitucional há inúmeras situações em que a determinação da norma aplicável revela-se controvertida, pois, não raro, os fatos em análise podem aparentemente ser subsumidos a mais de um comando normativo, os quais indicam soluções distintas e conflitantes para o problema.

Nestes casos, caberá ao intérprete, através da técnica da ponderação, indicar qual princípio deve prevalecer em face do outro, observando, é claro todas as etapas do processo

ponderativo. Nota-se que não se trata de exclusão de um princípio em favor do outro, e sim estabelecer, de acordo com o peso ou importância destes ao caso apreciado, qual deles deverá preponderar sobre o outro.

As colisões entre princípios constitucionais, constantemente, são enfrentadas pelos tribunais brasileiros, o que permite reconhecer a relevância do tema na atualidade, principalmente o conflito entre a liberdade de expressão *versus* direito à intimidade, privacidade e honra da pessoa humana.

No que pese a importância do tema no novo contexto da dogmática constitucional, faz-se necessário estabelecer alguns parâmetros para a atividade de ponderar, uma vez que devido ao seu caráter subjetivo, podemos presenciar situações semelhantes decididas de forma diferente face ao juízo valorativo inerente a cada juiz.

Além da problemática dos desencontros de julgados, o caráter subjetivo da ponderação sem qualquer espécie de parâmetros pode viciar a prestação da atividade jurisdicional no momento em que abre margem aos interesses individuais.

Portanto, a ponderação utilizada como meio solucionador de conflitos entre princípios da mesma hierarquia deve ser empregada com bastante cautela, observando acima de tudo as circunstâncias particulares que envolvem o caso concreto.

Limites e técnicas de contenção à intervenção direta do Estado brasileiro na economia

André Saddy
Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela
Universidade de Lisboa, Portugal.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Intervenção do Estado na economia, discricionariedade administrativa e sua localização nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica em abstrato. 2. A intervenção do Estado na economia como discricionariedade, seus limites e técnicas de contenção; 2.1 Competência para intervir diretamente na economia; 2.2 Enunciados de normas aplicáveis no caso de intervenção do Estado na economia; 2.3 Determinação semântica das normas do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro; 2.4 Resolução das concorrências e conflitos normativos do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro; 2.5 Decisão propriamente dita de intervir diretamente na economia. 3. Limitações negativas e positivas da intervenção direta do Estado na economia. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

No contexto da transferência da faculdade de transformação de vontades em atos do povo ao Estado, constituindo-se esse em um meio para a consecução dos fins da sociedade, sendo inaceitável admitir que o representante possa dispor de fins diversos aos perseguidos pelo povo, demonstrou-se que com o progresso do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais. Dentre essas mudanças, verificou-se, por muitos motivos, ao longo da história o outorgamento de uma liberdade ao representante, liberdade essa chamada de discricionariedade. A mesma, conforme o modelo de Estado vivenciado, funcionou como um pendulo entre o binômio: direitos individuais e prerrogativas públicas[1].

Com o Estado Liberal ou Mínimo, que detinha como características básicas a livre iniciativa em proveito do empreendedor, a propriedade privada e a autonomia de vontade, a discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial, onde a Administração Pública poderia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse. Ou seja, a Administração poderia utilizar sua discricionariedade em todos os pontos que a lei não regulou, operando-se no espaço livre da lei.

Com a evolução, tal modelo foi substituído por dois modelos intervencionistas: o Estado Social ou Intervencionista, assentado em seu trípice aspecto – distributivo, produtivo e providencial –, que tomou para si a tarefa de produção de riqueza e sua distribuição pela sociedade, desconhecendo a propriedade privada e a autonomia contratual; e o Estado Bem-Estar, que, equidistante de ambos, buscou acolher elementos do Estado Liberal e do Estado

[1] Sobre tal evolução vide: DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Intervencionista, tendo-se, portanto, uma livre iniciativa com intervenção em proveito da sociedade, uma tutela da propriedade privada com função social e um dirigismos contratual para correção de assimetria.

Nesses modelos de Estado (Social ou Intervencionista e de Bem-Estar) iniciou-se a publicização do Direito Civil, criando como fundamento de todo o Direito Público o princípio da supremacia do interesse público, e concedendo ao principio da legalidade um novo sentido, pelo qual a Administração só poderia fazer o que a lei permite, passando a discricionariedade a ser tida como um *"poder"* limitado pela lei, deixando de existir aquela esfera de ação em que a Administração agia livremente.

A busca de um Estado eficiente, com menores custos e melhores resultados, e a nova configuração contemporânea (o derrubamento dos Estados comunistas; a crise do Estado do Bem Estar e os problemas de competitividade e desempenho na maioria dos países com tradição industrial; as constantes guerras; a aparição de um novo terrorismo; a mudança do protagonista político; a experiência européia de integração e cooperação; a busca de um Direito Universal; a importância da sociedade de conhecimento e de informação; a menor importância dos recursos naturais, o caráter imprescindível das infra-estruturas; a revolução econômica [microeletrônica, informática, telecomunicações, ciência dos materiais, robótica, biotecnologia]; os novos modelos de produção; o capital humano; o desmoronamento de diversos Estado que gerou a multiplicação de autênticas emergências humanísticas; a infração galopante; o belicismo; a corrupção endêmica; a globalização; o crescimento da competitividade e da mobilidade financeira; e outras) culminaram com o fim do chamado Estado Moderno, engendrando o Estado Pós-moderno (Estado Regulador, Estado Distributivo, Estado Associado e Estado Propulsivo).

O Estado Pós-moderno está envolvido em um tripé juspolítico que se caracteriza: pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo; pela nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico; e pelo novo Estado/Estado de Justiça Democrático de Direito[2]. Tal Estado passou a depender, não somente da legalidade, mas, também, da legitimidade, entendida esta como a conformidade de atuação do Estado à vontade popular, e da licitude, entendida como a submissão dos comportamentos aos valores morais prevalecentes no meio social. Logo, pretende-se com este Estado submeter-se mais bem ao Direito e já não mais à lei. Assim, a discricionariedade deixou de ser um espaço de livre opção do agente público de converter-se em um resíduo de legitimidade e de licitude[3], para passar a não estar mais limitada pela

---

[2] No Estado de Justiça Democrático de Direito toda organização política passa a estar submetida simultaneamente à lei – Estado de Direito – ao interesse público – Estado Democrático – e a moral – Estado de Justiça –, levando à construção do conceito, Estado de Justiça Democrático de Direito. Além de ter possibilitado o deslocamento para a sede constitucional, da dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário, a tarefa de especificá-lo, entendimento de um pós-positivismo jurídico. Igualmente, possibilitou uma propagação dos direitos e garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e regras, a nova força dos princípios, a Constituição como ordem de valores, a crescente consciência da cidadania, a necessidade de conexão entre direito e moral, entre outras, conseqüência essa do neoconstitucionalismo.

[3] Explica DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33 e 34): *"A discricionariedade é, portanto, uma competência que é cometida à Administração, em grau e modo que venha a ser indispensáveis para integrar a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente.*

A definição de resíduo de legitimidade indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de mera execução, pois

lei, mas pelo Direito, pela idéia de justiça, pelos valores morais. Ou seja, pelo interesse público, sendo esse o norte, que justifica e dá fundamento à atividade administrativa, devendo ser entendido não como o somatório de interesses individuais de cada cidadão e dos grupos, sob pena de criar um Estado paternalista e uma sociedade dependente, desestimulada, acomodada e debilitada, mas sim como aqueles originário com a criação do Estado, da vida de uma sociedade organizada, pois dela brotar novas necessidades coletivas[4].

Uma vez fixada tais premissas iniciais e genéricas terá o trabalho o objetivo de tratar de distintas técnicas e formas de contenção da discricionariedade administrativa na norma jurídica do artigo 173, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, demonstrando ser esta um *"caso difícil"* uma vez que proporciona uma gama ilimitada de soluções corretas, sempre existindo dois ou mais princípios colidentes.

Limitar-se-á o trabalho, ao estudo do atrofiamento da discricionariedade ou da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null)*, no caso específico do artigo 173, da Constituição brasileira de 1988. Ou seja, o trabalho tratará de como a discricionariedade administrativa existente de forma abstrata no artigo 173 se reduz, diante do caso concreto, a várias, ou a uma única, estatuição válida. Demonstrará como a norma abstrata do artigo 173 possui uma discricionariedade em potencial e evidenciará que a discricionariedade administrativa somente existe, efetivamente, depois de feita a analise no caso concreto.

Logo, o que justifica a pesquisa é a busca de diferentes formas de limitar a opção discricional da Administração Pública, redefinindo e retemperando as técnicas de contenção desta[5].

---

nela ocorre também, ainda que de forma derivada, uma alocação autoritária de valores, o que satisfaz o conceito eastoniano de política. O ato de execução puro, este sim, dispensaria qualquer opção, não necessitando mais que a identificação final de eventuais destinatários.

O campo formal da discricionariedade administrativa está contido no cometimento feito pela lei à Administração Pública, extremando as hipóteses, ainda que fascinantes, da discricionariedade no Legislativo e no Judiciário, que escapam ao objeto deste trabalho.

Segue, o conceito, explicando que essa opção de criação, aberta pela lei ao administrador público, é um elemento necessário para integrar a definição de todos os elementos essenciais à prática de um ato de execução, aludindo-se, implicitamente, ao motivo e ao objeto.

Na referência ao atendimento de um interesse público específico, enfatiza-se que esse dois elementos que devem ter seu conteúdo integrado pela Administração, o motivo e o objeto, caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei".

[4] É certo que os representantes, quando são eleitos, com o propósito de atuar em nome da vontade de todos, zelando pela boa marcha da sociedade, alcançando uma harmonia, por meio do bem estar geral – que se chama interesse público – e, sabendo que a legalidade, legitimidade e licitude convergem, necessariamente, para alcançar este bem-estar geral, detalhando e precisando, de várias formas e níveis, o conteúdo do interesse público de uma determinada sociedade, a primeira como ordem ético-jurídica, de estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas aos cidadãos, a segunda, como ordem ético-política, de estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos, e a terceira, como ordem ético-moral, de estabilização do poder em torno de uma moral de resultado voltada sempre às finalidades públicas, não se tolerando que vise a qualquer outra finalidade que as afastem ou as desvirtuem.

[5] Quanto à terminologia empregada, torna-se importante esclarecer quatro termos já na introdução: limite, contenção, atrofia e redução. O termo limite no presente trabalho deve ser entendido como o extremo a que pode chegar, como o ponto que não se pode ultrapassar da discricionariedade administrativa na norma jurídica em abstrato. Já contenção tem o significado de manutenção, detenção, controle da discricionariedade administrativa dentro dos limites previamente fixados, como poderá se analisar ao longo do presente trabalho.

Não obstante conhecer a existência de exaustivos trabalhos brasileiros e mundiais que abordam a discricionariedade administrativa[6] e as formas de intervenção do Estado na economia[7], o tema escolhido como objetivo desta investigação, apesar de também tratar da

---

Por outro lado, atrofia deve ser entendida como a diminuição no tamanho ou número, ou em ambas coisas a vez, de uma ou vários alternativas conferidas pela norma jurídica em abstrato, significa não deixar desenvolver-se. E por fim, redução significa tornar menos, estreitar, diminuir as proporções da discricionariedade administrativa concedida na norma jurídica em abstrato.

Ainda sobre a terminologia, ressalta-se também os conceitos diversos que se tem sobre o mesmo fenômeno: a discricionariedade e a intervenção do Estado na economia. Ora se utiliza a expressão poder discricionário, ora dever discricionário, ora ato discricionário e até atuação discricional. Assim como ora se utiliza intervenção do Estado na economia, atuação do Estado na economia, intervenção do Estado na ordem econômica, intervenção estatal na economia, intervenção do Estado na atividade econômica, intervenção pública na economia, entre outras. A rigor existe diferença semântica entre os vocábulos, no entanto, todos reportam a um mesmo fenômeno, como se observará ao longo do trabalho. De todo modo, parece mais apropriada a expressão discricionariedade, que significa qualidade ou estado de ser discricional, de uma dada atividade e intervenção do Estado na economia, que significa ação e efeito do Estado de intervir na economia.

[6] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005; POLTRONIERI, Renato. Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambigüidade da norma jurídica positiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001; DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006; AYALA, Bernardo Diniz de. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lisboa: Lex, 1995; SOUSA, António Francisco de. A discricionariedade administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948; BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997; DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997; FELIPE, M. Beltrán de. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madri: Tecnos, 1994; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid: Civitas, 1991; BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Remesen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltunsrecht. Juristen-Zeitung (JZ), 1995; WEBER, K. H. Regelungs-und Kontrolldichte im Atomrecht. Baden-Baden, 1984; SCHMIDT, Walter. Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur "Selbstbindung der Verwaltung". Bad Humburg-Berlin-Zurich, 1969; BOTTINO, Gabriele. Equità e discrezionalità amministrativa. Milano: Giuffrè, 2004; BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità administrativa. Padova: Cedam, 1986; BOCKEL, Alain Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Actualité juridique. Droit administratif, I. Doctrine, 1978, p. 355-370 ; VENEZIA, Jean-Claude. **Le pouvoir discrétionnaire.** Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959; WALINE, Marcel. Le pouvouir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Paris: M. Giard, 1930; VAUGHN, Jacqueline, OTENYO, Eric. Managerial discretion in government decision making: beyond the street level. London: Jones and Vartlett Publishers, 2006; GALLIGAN, Denis James. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon, 1986; entre muitos outros.

[7] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo da economia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito econômico. São Paulo: Celso Bastos, 2003; TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003; FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002; BASTOS, Celso Ribeiro. Direito econômico brasileiro. São Paulo: Celso Bastos, 2000; GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000; SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996;

discricionariedade administrativa e da intervenção direta do Estado na economia, assenta em uma perspectiva de aproximação substancialmente diferente: não se trata agora de verificar se a discricionariedade esta inevitavelmente presente nos atos da Administração Pública de modo que se constitua como um dos rasgos definidores da atividade administrativa, nem tampouco de saber se cabe um controle jurisdicional da discricionariedade e como deveria se exercitar tal controle, ou de saber quais as formas de intervenção do Estado na economia. Visa-se traçar a configuração da discricionariedade administrativa na norma jurídica em abstrato no caso específico do artigo 173 da Constituição brasileira de 1988 e estudar as técnicas de atrofiamento da discricionariedade ou da redução da discricionariedade a zero. Ou melhor, tem por objetivo determinar os limites e traçar as técnicas que atrofiam ou reduzem a zero a discricionariedade concedida à Administração pela norma jurídica do artigo 173 da Constituição brasileira de 1988.

Trata-se, então, da junção de dois grandes institutos do Direito Administrativo: a discricionariedade do Poder Executivo, que sempre causou problemas para o Estado em si e, por conseguinte para o Direito Público, pois é ela um dos principais meios de fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder; e a intervenção do Estado na economia, forma disciplinadora das atividades de produção, circulação e de consumo de riquezas, que regulam os limites de intervenção do Estado na iniciativa privada.

Ambos são temas clássicos do Direito Público, por isso é difícil trazer algo novo a seu estudo. Entende-se que no Direito é impossível trazer algo rigorosamente novo, sendo somente possível estabelecer conexões modestamente inéditas de velhos fenômenos que

---

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988. Rio de Janeiro: APEC, 1989; GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; MOREIRA, Vital (org.). Estudos de regulação pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, v. 1; SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito econômico. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004; MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito econômico. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da economia. Lisboa: Associação acadêmica faculdade de direito de Lisboa, 2001; FERREIRA, Eduardo Paz (org.). Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado. Lisboa: Almedina, 2000; AMORIM, João Pacheco de. As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000; OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998;SANTAMARÍA, Jaime Abella. La ordenación jurídica de la actividad económica. Madrid: Dykinson, 2003; ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares, 2001; MARTÍN, Eduardo Ortega. Derecho administrativo-económico. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000; UREBA, Alberto Alonso. La empresa pública: aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico. Madrid: Montecorvo, 1985; BADURA, Peter. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Athenäum, 1970; ZACHER, Hans F. Aufgaben einer Theorie der wirtschaftsverfassung. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965; RITTNER, F. Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965; CARULLO, Antonio. Lezioni di diritto pubblico dell'economia. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005; FRANZESE, Lucio. Ordine economico e ordinamento giuridico: la sussidiarietà delle istituzioni. Padova: Cedam, 2004; CUONZO, Lorenzo. Diritto pubblico dell'economia: profili generali. Bari: Cacucci, 1995; BENTIVENGA, Calogero. Elementi di diritto pubblico dell'economia. Milano : A. Giuffrè, 1977; HUBRECHT, Hubert-Gérald. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1997; LAUBADÈRE, André de, DELVOLVÉ, Pierre. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1986; FARJAT, Gérard. Droit économique. 2. ed. Paris: PUF, 1982; JACQUEMIN, Alex. Le droit économique. Paris: PUF, 1970; POSNER, Eric A. Law and economics. Aldershot: Ashgate, 2001; POSNER, Richard A., PARISI, Francesco. Law ans economics. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 1997; KINDLEBERGER, Charles P. Economic law and economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1997; entre muitos outros.

grato a elas podem explicar-se melhor[8]. Não interessa no presente trabalho voltar aos assuntos já estudados por outras investigações brasileiras. Tem-se, aqui, a pretensão de estudar a discricionariedade administrativa associada à intervenção do Estado na economia, tentando demonstrar que a norma jurídica do artigo 173 da Constituição brasileira de 1988 possui discricionariedade, mas também possui limites e uma série de técnicas de contenção[9].

1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUA LOCALIZAÇÃO NOS COMPONENTES LÓGICO-ESTRUTURAIS DA NORMA JURÍDICA EM ABSTRATO

O sistema econômico adotado na Constituição brasileira de 1988 é informado por um regime de mercado, optando pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado quer da formação de monopólios ou abuso de poder econômico, sempre na defesa da livre iniciativa, uma vez que essa é fundamento da República e principio norteador da ordem econômica brasileira, tendo como subprincípios os princípios da subsidiariedade e da abstenção[10].

Na atual Carta Magna brasileira, o Estado está proibido de atuar no mercado no que tange a produção de riquezas (art. 170, CRFB), podendo fazê-lo apenas de forma

---

[8] NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 17.

[9] Ressalta-se que o trabalho analisará um conjunto complexo de problemas, tentando passar uma visão didática sobre o tema, mas em momento algum tem a pretensão de fazer uma exposição completa e exaustiva do mesmo.

Para tanto, o trabalho foi feito pensando na prática da Administração Pública, mas é certo que mesmo em se pensando na pratica administrativa a exposição cientifica de um trabalho, como o aqui pretendido, necessita de uma metodologia que ao menos seja didática para que depois o jurista possa utilizá-la. Por isso, que para a realização desse trabalho, optou-se por uma metodologia que engloba formulas descritivas, indutivas, dedutivas, *ad auctoritate* e documentais. Por vezes serão relatados conceitos de publicitas renomados –alguns e não todos– e se procurará extrair deles um corte nuclear comum. Outras vezes se partirá de noções gerais para especificas. Tudo com a intenção de tornar mais seguro possível às conclusões que o trabalho chegará.

Em benefício da clareza, procurou-se que o texto tratasse os pontos principais que compreendem a matéria, e se reservou para as notas de roda-pé de página as referências complementarias, tidas como importantes para o desenvolvimento do trabalho, tentando sempre que a citação permita ao leitor mais interessado a rápida localização das fontes.

Esclarece-se que o trabalho trata, essencialmente, do Direito brasileiro. Inclusive, vale elucidar que o trabalho se limitou a transpor os enunciados constitucionais uma vez que se tornaria impossível numa investigação como essa – que não estuda um caso específico de intervenção direta do Estado na economia, mas sua generalidade –, transpor toda a normativa infraconstitucional brasileira sobre a matéria.

Por fim, registra-se que o trabalho não é uma proposta política-ideológica de reduzir o campo de atuação do Poder Judiciário ou mesmo de fundamentar a concessão de mais poderes à Administração Pública, busca-se a verdade cientifica, tentando agregar valor à literatura existente e não limitando-se a uma mera compilação acrítica de textos legais, doutrinais e jurisprudenciais.

[10] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115.

VITAL MOREIRA (MOREIRA, Vital. Economia e constituição. Coimbra: Coimbra editora, 1979, p. 41) defini Constituição economia como: *"o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica"*.

suplementar quando a própria Constituição abrir tal exceção, exigindo que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CRFB). A Constituição deseja que o Estado brasileiro atue como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CRFB), repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico, nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento).

Não seria diferente, portanto, quando diante da intervenção direta do Estado na economia, ter-se um dever-poder discricionário. Afinal, ao se analisar a norma abstrata do artigo 173, da CRFB, verifica-se que o Estado possui uma margem para optar ou não entre diversas condutas. Basta visualizar o artigo 173, da Constituição brasileira de 1988, para ter em conta que esta norma em abstrato necessita a integração da legitimidade e da licitude para que se possa atingir o interesse público.

O agente público, frente a uma norma abstrata com discricionariedade (discricionariedade potencial), como é o caso do artigo 173 da CRFB, nunca terá liberdade em suas decisões, já que sempre estará vinculado a um resíduo de apreciabilidade em fase do interesse público, seja esse interesse geral, coletivo ou difuso, seja a esfera, atribuição, ação, ato, etc. que fora; é certo que existirá sempre, uma graduação da legalidade, legitimidade e da licitude, ou seja, uma graduação de natureza juspolítica-moral, natureza vinculada à liberdade, uma vez que é a sociedade quem atribui aos governantes os limites de sua atuação. Jamais há liberdade absoluta na atuação estatal.

Assim, a atividade de intervir diretamente na economia, está triplamente vinculada: com a legalidade, que não é nada mais que uma legitimidade positivada; a legitimidade, naquilo que não foi ou não pode ser positivado; e a licitude, onde se respeita a moralidade administrativa. Logo, a razão que inspira a discricionariedade é o dever de bem administrar, a eficiência, e uma administração de resultado, por meio dessa tripla vinculação.

Ressalte-se que o político somente terá total liberdade, frente as estatuições válidas (discricionariedade efetiva). Nesses casos será ele a voz de uma política administrativa ou governamental, sendo ele de extrema relevância, afinal, sua vontade e particular convicção frente ao caso concreto irá trazer conseqüências ao mundo jurídico.

Tudo isso conduz a uma elaboração pormenorizada do conceito de discricionariedade administrativa, sempre muito debatida na doutrina mundial[11]. Três são os pontos de vistas mais usuais quando se invoca a noção de discricionariedade: um que concebe a discricionariedade administrativa como margem de volição para eleger entre a adoção ou não de uma conseqüência jurídica ou outra na aplicação de normas de estrutura condicional, que não obriga a adotar a conseqüência jurídica por ela prevista ou não predeterminada a conseqüência jurídica que deva ou possa adotar-se; outro que afirma que a indeterminação do suposto de fato das normas habilitantes gera discricionariedade administrativa ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial àquela; e, por último, o ponto de vista que afirma que a discricionariedade administrativa somente opera no âmbito do suposto de fato das normas jurídico-administrativas, isso por entender que é sua inexistência ou imperfeição o que genuinamente provoca a margem de atuação discricional.

[11] Quando se define, devem-se fixar os traços essenciais do objeto definido, para que se possa distingui-lo de outros objetos. Já conceituar é distinguir o objeto de outros ou de, pelo menos, estar apto a refletir sobre o objeto (vide: LACEY, A. R. Concept. *In*: Dictionary of philosophy. London, New Cork: Routledge, 1991, p. 38-39).

Todas noções utilizadas ocupam-se, sobretudo, da localização da discricionariedade dentro dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta, e não da noção propriamente dita de discricionariedade, motivo pelo qual adota-se um conceito próprio, com três elementos essenciais –próprios do instituto– sem esquecer da localização da mesma nos componentes lógico-estruturantes: elemento subjetivo, somente a Administração Pública é possuidora desse tipo de discricionariedade; elemento formal, derivado unicamente do ordenamento jurídico, reportando-se somente as ações deônticas, com exclusão dos eventuais margens de liberdade de ação que podem-se reconhecer em ações não deônticas; e elemento volitivo, já que é a liberdade de atuação ou não, entre estatuições oferecidas alternativa e dijuntivamente. Além desses elementos essenciais, tem-se outro elemento onipresente em toda atuação administrativa, que é o elemento objetivo, ou seja, o dever de atenção ao interesse público (legalidade, legitimidade e licitude).

Munidos desses elementos, faz-se uma distinção entre duas modalidades de discricionariedade: uma potencial e outra efetiva.

Discricionariedade potencial seria a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para adoção ou não, dentre estatuições oferecidas alternativas e dijuntivamente, que melhor atenda ao interesse público. É essencialmente uma margem que o agente público possui para optar entre diversas condutas, que não são absolutas, já que está sempre limitada pelo interesse público.

A discricionariedade efetiva seria a margem que o agente público possui para optar entre diversas estatuições (alternativas e disjuntivas) válidas. É uma opção política, que será feita por critérios de política administrativa ou governamental tida como apropriada pelo representante em determinado caso concreto. As alternativas dadas pela interpretação darão apenas estatuições válidas ou inválidas. Ou seja, não existe a *"melhor"* ou *"ótima"* alternativa, esta sempre será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer o interesse público, por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Caso determinada alternativa seja a *"melhor"* ou a *"ótima"* esta será a única válida, as demais serão indevidas, inválidas. E se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de vinculação e não de discricionariedade. Por isso que se afirma que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação, toda vez que o Direito é o critério que deve ser utilizado no âmbito da interpretação feita com o fim de delimitar quais são as estatuições válidas, delineando o universo de opções discricionárias efetivas[12].

Assim, entende-se que somente haverá discricionariedade se todas as estatuições forem válidas, e apenas nos casos concretos. Caso tenha-se estatuições válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta. Logo, existirão situações em que a discricionariedade abstratamente prevista na norma poderá deixar de existir por completo quando analisado as peculiaridades do caso concreto, pois poderá estar diante de somente uma ação possível para se alcançar a finalidade da norma de forma satisfatória. Portanto, a liberdade

[12] Assim, somos contra quem fundamenta o processo decisório das estatuição válidas nos princípios jurídicos, como o da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, entre outros. Pois se existir estatuição mais razoável, mais proporcional, mais eficiente, entre outras, as demais serão obrigatoriamente irrazoáveis, desproporcionais ou ineficientes e, portanto, inválidas. Tais princípios são critérios que devem ser utilizados no âmbito da interpretação feito com o fim de delimitar quais são as estatuições válidas, delineando o universo de opções discricionárias.

discricional fixada na norma abstrata, não coincide com o possível campo de liberdade do agente público diante do caso concreto[13].

Duas são, portanto, as discricionariedades (potencial ou efetiva) conferidas pela norma: a discricionariedade de atuação, onde se poderá optar por atuar ou não, é dizer, aplicar ou não a conseqüência jurídica ou alguma das conseqüências jurídicas previstas como possíveis pela norma habilitante; ou a discricionariedade de eleição, onde se poderá eleger entre uma conseqüência ou outra, caso a Administração opte por atuar (ou caso esteja obrigada a isso) e são várias as conseqüências jurídicas permitidas.

Então, pormenorizando os conceitos acima, pode-se dizer que a discricionariedade potencial tem configuração de dever-poder, toda vez que a idéia de dever girar em torno de uma finalidade a ser cumprida, qual seja, o interesse público[14]. Ou seja, a discricionariedade potencial seria o cumprimento do dever de alcançar o interesse público. Já a discricionariedade efetiva tem configurações de poder, uma vez que é ela a faculdade de transformar a vontade em ações desejadas, ações válidas, já que respeitam o Direito[15].

Além de conceber uma noção de discricionariedade administrativa na norma jurídica, também há de demonstrar sua localização nos componentes lógico estruturais da norma.

---

[13] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 65, v. 16, p. 27-38, jan/mar, 1983, p. 33) ressalta o aspecto da redução ou desaparecimento da discricionariedade perante o caso concreto da seguinte maneira: *"o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal"*.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 231): *"Então, ocorre que a discricionariedade existente, em abstrato, na norma legal, não corresponde à mesma amplitude de discricionariedade no caso concreto"*.

[14] RITA TOURINHA (TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. *In*: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 155) assim também entende: *"Sabe-se o Estado de Direito caracteriza-se pela subordinação da atividade administrativa à lei. Assim, o núcleo do exercício dessa atividade caracteriza-se como um dever e não um poder. Somente se admite falar-se em poder como instrumento voltado à satisfação dos interesses públicos"*.

[15] Assim também entende: LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves. Traité de Droit Administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, tomo I, p. 574.

Muitos autores, no entanto, classificam o ato administrativo quanto a liberdade de atuação do administrador, dentre eles: MATEO, R. Martín. Manual de derecho administrativo. 15. ed. Madrid: Trivium, 1993, p. 317.

ODETE MEDAUAR (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 124) afirma que: *"o dever que nasce do exercício de um poder"*, significando *"a obrigação imposta à autoridade de tomar providências quando está em jogo o interesse público"*. Sendo para ela uma forma de dever, não pode o administrador eximir-se de desempenhar seus poderes.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, M. SEABRA FAGUNDES e ODETE MEDAUAR entendem que o tema da discricionariedade compreende tanto o poder discricional como também a atividade discricional e o ato discricional, como três momentos distintos, mas necessariamente ligados entre si. (MEDAUAR, Odete. Poder Discricionário da Administração. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, n. 610, p.38-45, ago. 1986).

VÍCTOR NUNES LEAL (LEAL, Victor Nunes. Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948), em sentido contrário, sustenta que: *"não existe, com efeito, ato discricionário; o que existe é poder discricionário, e alguns autores são bem rigorosos no emprego preferencial desta expressão"*.

Entende-se que haverá discricionariedade potencial nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica de competência (que atribuem autonomia sobre as matérias em causa, ou criam a faculdade de dispor) e de conduta (que estabeleça o estatuto deôntico das ações normativas que se exercem a partir dela), só sendo a primeira atributiva de discricionariedade se não existir uma norma de conduta. Ademais, por derivar unicamente do ordenamento e por ser por meio da linguagem escrita, que o legislador concede a discricionariedade potencial, que se faz a distinção entre enunciado normativo e norma: enunciado é a expressão da norma, é o conjunto de símbolos, nomeadamente lingüísticos, por meio dos quais aquela é formulada; e norma é o significado representado, que constitui o sentido deôntico[16].

Logo, a norma depende da expressão lingüística, entendida ela como o veículo fundamental de transmissão ou informação, sendo, de acordo com DAVID DUARTE[17], quatro as propriedades para identificá-la: é um dever ser, uma vez que identifica um estado de coisas ideal independente da realidade; consiste na ordenação de um determinado sentido, já que determina sempre qualquer coisa que lhe confere sentido e lhe dá sentido; é hipotética, uma vez que depende da verificação das condições especificamente estipuladas do seu sentido; e geral, uma vez que seus destinatários são indetermináveis.

É a hipoteticidade da norma que revela a estrutura da mesma. Superada a configuração binária[18], a ciência jurídica, hoje, identifica uma tripla formação, que engloba: uma previsão, que reporta às condições do sentido de dever ser; um operador deôntico, relativo a modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição, elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser. Assim uma norma é a conjugação estrutural desses três elementos[19].

---

[16] Sobre a diferença entre norma e enunciado normativo vide: DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

[17] DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 72-75.

[18] Afirmava-se que dois eram os componentes lógico-estruturais da norma: a hipótese ou previsão, que seria a descrição do suporte fático que ao se verificar desencadeia as conseqüências normativas, e o preceito ou estatuição, que são as afirmações das conseqüências jurídicas estatuídas pela norma, quando no caso concreto se verificar os fatos apontados na hipótese/previsão.

[19] DAVID DUARTE (*Ibidem*, p. 874) assim afirma: *"A norma pode ser definida, consequentemente, como um sentido de dever ser de domínio genérico, conceito normativo este que representa uma categoria intelectual transmitida através da linguagem (regra geral) e que tem uma estrutura composta por três elementos: (i) a previsão, (ii) o operador deôntico e (iii) a estatuição (= a → b)".*

A previsão diz respeito às condições de verificação do sentido de dever ser, ou seja, estabelece a antecedência condicional da produção de efeitos. É variável e tem como unidade o pressuposto. A existência de um ou vários pressupostos, positivos ou negativos, depende da configuração da norma, e sua organização, do tipo de linguagem utilizados na formulação do enunciado normativo. Realiza, também, a função de redução de um universo potencialmente ilimitado de antecedências de um efeito por um rol restrito de condições nela descritas. Trata-se, nada mais nada menos, do que uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito. Logo, por mais que a linguagem do enunciado da norma leve a crê que tal norma não tem previsão, é errado, pois só essa dá sentido normativo pleno à norma, uma vez que só e aplicável se a tiver, pois é esta que define a razão de (dever) ser do efeito. Se ela não existisse não se saberia à que a norma se aplica, portanto, sempre esta presente.

O operador deôntico é o elemento estrutural que confere natureza deôntica a norma, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser, seja impositivo, permissivo ou proibitivo. São tais modos deônticos que estabelecem a natureza da norma. É ele que estabelece a relação com a previsão. Logo, não é

Sendo as normas de competência as que atribuem à discricionariedade no exercício da função administrativa, ter-se-á sempre esta um operador de imposição, podendo ser localizada a discricionariedade na relação que se estabelece entre a previsão e a estatuição. Ou seja, a realização do efeito disposto na estatuição sobre as matérias disposta na previsão significa que sobre a previsão, o agente público pode dispor como melhor lhe aprouver. Logo, a discricionariedade está situada na estatuição. A análise da norma de competência na sua estrutura permite ver, assim, como a sua previsão confere alternativas, que se apresentam, portanto, como um espaço de discricionariedade normativamente atribuída, exatamente como se verifica com as normas de conduta.

Agora, uma vez sendo as normas de conduta as normas atributivas da discricionariedade, devem-se distingui-las de acordo com o operador deônticos inserido nela. Tal separação em razão do operador deôntico como critério de análise na atribuição de discricionariedade administrativa é a única que faz sentido ou, pelo menos, a que tem uma relação diretamente apurável com a questão em análise no trabalho. Ora, a existência de alguma margem de liberdade/autonomia/volição a partir de uma norma é um problema relativo ao sentido em que a conduta é regulada, ou seja, é um problema relativo, a saber, se há uma imposição, proibição ou permissão da conduta deôntica.

As normas impositivas, a princípio, não seriam susceptíveis de conferir discricionariedade, uma vez que se trata de uma obrigação positiva de realizar o efeito normativo relativamente a qualquer dependência constante da previsão. Elas apenas atribuem discricionariedade quando a sua estatuição compreende efeitos que se encontram numa relação de disjunção (ou se aplica um efeito ou outro) e são alternativos, ou seja, para uma determinada previsão com operador deôntico de imposição, estabelecem-se vários efeitos, pelo menos mais do que um que se aplicaram alternativamente[20]. Também se inserem na mesma categoria as normas que, não obstante estabelecerem para uma determinada previsão um único efeito, impõe um que se pode desdobrar em vários, ou seja, a estatuição compreende um efeito único que é, no entanto, autonomamente configurável em vários[21]. Por outro lado, também se atribuí discricionariedade as normas que se enquadra na chamada derrogação administrativa. Não há nessas uma margem de liberdade/autonomia/volição diferente da discricionariedade é, nada mais nada menos, do

---

ele divisível e nem tem unidades interiores. O operador deôntico também pode estar escondido na norma por questões lingüísticas, mas, normalmente, está estabelecido na locução verbal de ligação entre a previsão e a estatuição, e assim o é porque é o operador deôntico que determina o sentido jurídico dos efeitos jurídicos, estabelecendo, também, a seqüencialidade entre a previsão e a estatuição. Sem este a previsão e a estatuição seriam significados isolados, portanto sempre está presente mesmo que diluído/implícito.

A estatuição estabelece o que se deve verificar quando se preenchem os pressupostos da previsão. É uma descrição, contendo o contexto em que o sentido do dever ser se manifesta. É variável e tem como unidade o efeito jurídico, ou seja, as conseqüências da norma, sejam elas somadas umas as outras (conjuntas), sejam elas alternadas (disjuntas). Tal descrição não se confunde com os efeitos jurídicos, dado que, uma coisa é a definição de um campo de incidência e outra a determinação do que se deve verificar nesse domínio material.

[20] DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 514): *"disse-se que a configuração normativa de um imposição de alternativas disjuntivas é sinónimo da correlativa permissão sobre as mesmas (e não espelho de uma interdefinibilidade), porque a permissão de realização de cada um dos efeitos decorre derectamentede cada um ser imposto alternativamente e não, como se verifica com a interdefinibilidade, de haver uma negação do próprio modo de imposição na norma, obviamente"*.

[21] Aqui a discricionariedade esta na permissão de escolha entre as alternativas.

que uma norma impositiva com duas alternativas, na qual uma é um efeito conseqüente à previsão e outra um efeito de configuração autônoma.

As normas proibitivas sejam quais forem os seus termos, dado que também só compreendem um operador num modo de obrigação, só conferem discricionariedade quando há mais do que um efeito na estatuição e em relação de disjunção. Aqui a obrigatoriedade aponta para um espaço de permissão, que, no caso, resulta da proibição de implicar a permissão de um dos efeitos disjuntos. Não pode no caso, a proibição, ser conferida simultaneamente para ambos efeitos sugeridos, confere discricionariedade, portanto, na medida em que estabelece duas proibições alternativas. Também conferem discricionariedade quando estabelecem uma proibição de efeito único e daí decorre, dado o contexto, que essa proibição é sinônimo da permissão de várias alternativas contrárias.

Por fim, as normas permissivas são as normas paradigma da atribuição da discricionariedade, dado ser a permissão o modo deôntico que em primeira linha a confere, uma vez que sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito e sendo este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo. Logo todas as normas permissivas, seja qual for a composição dos restantes elementos da sua estrutura normativa, constituíram normas atributivas de discricionariedade. Não se limita, porém, a conferir discricionariedade neste seu estado puro estrutural, em que confere duas alternativas por meio da permissão de uma conduta, pode também, permitir mais de uma conduta e, desse modo, ampliar o âmbito da discricionariedade conferida, ou seja, quando acrescentar efeitos alternativos na estatuição em relação de dijunção. Logo, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, também será possível não o fazer, ou seja, ter-se-á a alternativas dos seus contrários (se tiver dois efeitos na estatuição, quatro serão as possibilidades, se tiver três, seis serão as possibilidades e assim por diante)[22].

Pode-se concluir então que a discricionariedade estará tanto localizada no operador deôntico (discricionariedade de atuação) e/ou na estatuição (discricionariedade de

---

[22] Alerta-se que a questão da existência ou não de norma permissiva é um dos problemas mais debatidos na teoria do Direito. Por certo que enunciados desse tipo são comuns nos sistemas jurídicos. Para MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO (ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004, cap. III), três são os contextos de uso das normas permissivas: as condutas naturais, o exercício de poderes normativos e as liberdades constitucionais. Quando diante de normas permissivas de conduta naturais, entendendo por tal aquela conduta que não consiste no exercício de um poder normativo, ECHAVE-URQUIJO-GUIBOURD y ROSS, defendem sua irrelevância pragmática, por não constituir nenhuma razão, nem para realizar ação, nem para omiti-la, sendo a norma permissiva nada mais que a exceção a norma impositiva e proibitiva ou a formação indireta dessas normas. Já VON WRIGHT, defende as normas permissivas como promessas, entendendo as permissões como simples ausência ou não existência das proibições, e diferenciando dois tipos de permissão, os débeis e os fortes. Sobre as normas permissivas no exercício de poderes normativos, MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO (*Op. Cit.*, p. 131) faz a distinção entre os poderes normativos de exercício obrigatório e facultativo, que pode trazer resultados distintos a ação. E por fim, dita esse mesmo autor (*Op. Cit.*, p. 139) que os *"permisos constitucionales no son sólo directivas indirectamente expresadas, sino también juicios de valor. De ellos se derivan directivas en forma de principios de mandato y directrices, pero no equivalen a ellas, porque su alcance justificativo es notablemente mayor"*. Além dessa questão, também é importante mencionar o fato de que a doutrina, sobretudo a administrativista, sustenta que não há normas de competência jurídico-pública que seja permissiva, ou seja, muitas das normas permissivas são na verdade normas impositivas, no entanto, as normas de conduta dependeram da relação entre a norma de competência e a de conduta para se averigua se haverá ou não uma norma permissiva (vide: DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006).

eleição)[23]. Logo, nas normas de competência ter-se-á discricionariedade na estatuição, já que sobre qualquer domínio que se possa conceber haverá habilitação para dispor de forma autônoma, e nas normas de condutas ter-se-á discricionariedade no operador deôntico, quando se trate de normas permissivas, ainda que a estatuição compreenda mais de um efeito e na estatuição, quando estiver diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que tem que haver mais de uma alternativa e em disjunção[24].

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA COMO DISCRICIONARIEDADE, SEUS LIMITES E TÉCNICAS DE CONTENÇÃO

No enunciado *"ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"*, encontra-se a norma $a^1 \ v \ a^2 \ P \ b$, onde: a^1 = quando necessárias aos imperativos da segurança nacional, v = conjunção, a^2 = quando necessária a relevante interesse coletivo, P = será permitida (= permissão), b = a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Trata-se do enunciado normativo do artigo 173, *caput*, da Constituição brasileira. É ele uma norma de conduta permissiva, com apenas um efeito na sua estatuição. Como a permissão é o modo deôntico que em primeira linha confere discricionariedade, uma vez que sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito, como é o caso, e sendo

---

[23] Em sentido contrário ter-se-á JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. *In*: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 60), MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 78 e 79) e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85 e 86) que afirmam que a discricionariedade pode ser localizada tanto na previsão como na estatuição. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19-22) afirma que a discricionariedade pode derivar da previsto, da estatuição e afirma, ainda, que também pode derivar da finalidade da norma. Afirma este (*Op. Cit.*) quanto essa ultima possibilidade: *"É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos"*.

[24] Ademais, ressalta-se que a previsão, em rigor, nas normas de condutas não confere discricionariedade, uma vez que as ocorrências previstas conduzem, uma ou a outra ao conteúdo da estatuição. Logo, a previsão pode até não conceder discricionariedade, mas é por ela que esta se explica. É a previsão um elemento da norma relativo às suas condições de aplicabilidade e não aos efeitos a adotar quando a norma se aplica. Só poderá ser sede direta de uma atribuição de discricionariedade quando há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, não é certo se o efeito da estatuição se produz. Ocorre que aqui, não estaria se tendo uma discricionariedade proveniente da previsão, mas sim da incerteza de linguagem, pois não se tendo a certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplica ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria de discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem. A norma só resulta efeitos alternativos, porque a previsão é incompleta quanto ao estabelecimento do elenco total de fatos que conduz a um efeito preciso. Ou seja, a explicação da discricionariedade esta na insuficiência de pressupostos da norma, omitidos em razão da sua consideração futura na escolha de alternativa. A verificação da previsão pode compreender as mais diversas configurações e é em razão dessas variáveis que se escolherá o efeito, a estatuição mais adequada.

este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo, pode-se dizer que ao se verificar a existência de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, esta o Estado permitido a explorar diretamente a atividade econômica, tendo este a opção de realizar ou não (discricionariedade de atuação) a exploração.

Não se limita, porém, a conferir discricionariedade neste seu estado puro estrutural, em que confere duas alternativas por meio da permissão de uma conduta, pode também, permiti tal enunciado mais de uma conduta e, desse modo, ampliar o âmbito da discricionariedade conferida, ou seja, quando estipula como efeito a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, traz consigo 4 (quatro) formas: absorsiva integral (regime de monopólio), absorsiva parcial (reserva de mercado), participativa associativa, participativa não associativa[25].

---

[25] Muitas são as divergências doutrinais sobre as formas ou modalidades de intervenção do Estado na economia. AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA (SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996) afirma que pode ocorrer intervenção por atos normativos em geral; por atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto compreendendo medidas preventivas e repressivas; por monopolização e por incentivos. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 464) se refere a intervenção regulatória, concorrêncial, monopolística e sancionatória. HELY LOPES MEIRELLES (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 365) classifica em poder de polícia, incentivos à iniciativa e atuação empresarial. LUIS ROBERTO BARROSO (BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *In:* Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 395), identifica três mecanismos de intervenção: a disciplina, o fomento e a atuação direta. JOÃO BOSCO LEOPALDINO DA FONSECA (FONSECA, João Bosco Leopaldino da. Direito econômico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004): a) regulação econômica, b) atuação fiscal e financeira, c) iniciativa privada com a criação de empresas públicas que atuam concorrencialmente com empresas do setor privado, d) reserva ao setor público com ou sem monopólio de fato. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46) dispõe como formas de intervenção do Estado na economia: o planejamento, o fomento, a repressão ao abuso de poder econômico e a exploração direta da atividade econômica.
Sabedor de tal divergência, prefere-se adotar uma classificação própria. Partindo dos ensinamentos de tais doutrinadores e com ênfase na classificação ensinada por EROS ROBERTO GRAU (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 168), que afirma que o Estado atua *"sobre"* ou *"no" "domínio econômico"*, podendo o Estado intervir de três formas: por absorção ou participação, por direção e por indução, entende-se que são duas as formas do Estado brasileiro intervir na economia: uma intervenção prestacional e a intervenção não prestacional.
Na atuação prestacional de atividades econômicas o Estado atua na economia, ou seja, explora direitamente a atividade econômica em sentido amplo, ora de forma absorsiva, ora de forma participativa. Quando atuar absorvendo determinada atividade para si poderá o Estado assumir integralmente o controle dos meios de produção, atuando em regime de monopólio ou parcialmente quando reserva determinada parcela do mercado para determinado agente ou para si. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção, atuando associativamente com a iniciativa privada ou não.
Na atuação não prestacional, o Estado atua sobre a economia, exercendo-a de três modos: indicando, incitando, impondo. Quando o faz por indicação apenas assinala alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Quando o faz por incitação o Estado não apenas sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Há aqui promessas com várias medidas – por meio de estímulos positivos ou qualquer outra forma – para que a iniciativa privada colabore. Por fim, quando o faz por imposição o Estado obriga que a iniciativa privada atue de determinada maneira, de forma cogente.
Para que tais intervenções sejam exercidas o Estado possui uma serie de instrumentos interventivos. São eles: o poder de polícia (ordem, comando, fiscalização e sanção); o planejamento (formulação, condução e gerenciamento de políticas); a função distributiva (alocador de recursos); a função propulsiva (fomentador); a

Percebe-se que o efeito é desdobrável em 4 (quatro), o que significa que um único efeito, quando remete para uma configuração autônoma, é igual a uma norma que contenha alternativamente todos os efeitos concebíveis. Logo, confere discricionariedade, pois além de possuir efeitos alternativos, tais efeitos também são disjuntivos, na medida em que não são cumuláveis. Assim, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, também será possível não o fazer, ou seja, ter-se-á a alternativas dos seus contrários. Tendo quatro efeitos na estatuição, oito serão as possibilidades de efeitos.

Pode-se concluir então que a discricionariedade no enunciado normativo do artigo 173 da Constituição brasileira esta localizada no operador deôntico e na estatuição.

Assim, uma vez entendido que a intervenção direta do Estado na economia é uma discricionariedade potencial que este possui, é certo que não se pode admitir que a discricionariedade fique ao seu sabor, uma vez que se utilizada de forma exarcebada, por certo que incorrerá em arbítrio. Deve, portanto, haver limites à atuação do agente público. O receio de invadir a esfera discricional da Administração Pública pode permitir a proliferação de atos imorais, arbitrários, injustos, contrário ao interesse público e violadores das regras de boa administração, eficiência e resultado[26].

Portanto, parece que a discricionariedade administrativa de atuar diretamente na economia tem limites. Os atuais parâmetros existentes no ordenamento jurídico para limitar tal discricionariedade são os princípios, as regras e as teorias jurídicas existentes no campo de atuação do agente público, de modo a impedir que este se desvie da lei, do interesse público ou da moralidade (legalidade, legitimidade e licitude). Tudo isso ocasiona o estreitamento das fronteiras da discricionariedade. Assim, concluiu-se que o ordenamento jurídico (entendido aqui como as normas e todas as fontes subsidiárias do Direito) é ao próprio tempo o pressuposto e o limite à discricionariedade administrativa[27].

---

função regulatória (disciplinatória); e a função concorrencial (repressão ao abuso de poder econômico). O uso desses instrumentos não são discricionário, mas, sim, voltado a um método vinculado ao plano de desenvolvimento econômico, uma vez que o Estado deve atuar conforme o interesse público, assegurando a boa administração, a eficiência e a administração de resultado. É esse método de contenção, especificamente no âmbito que trata da intervenção direta do Estado na economia, ou seja, quando o Estado atua como prestador ou agente econômico que passar-se-á a verificar a partir de agora.

[26] MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 92), afirma: *"El ejercicio de la discrecionalidad, (...), está, ciertamente, sometido a unos límites jurídicos generales, aparte los específicos que deriven de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, pues no puede dar lugar a arbitrariedad, abusos o injusticias. Y está también sometido a unas reglas de organización y procedimiento, que van adquiriendo mayor importancia paulatinamente. Sin embargo, esas limitaciones encuadran el correcto ejercicio de la discrecionalidad, no están destinadas a reducirla o eliminarla. De ahí que el control judicial (es decir, jurídico) de la discrecionalidad administrativa tenga también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas"*.

CONSUELO SARRIA (SARRIA, Consuelo. Discrecionalidad administrativa. *In:* CASSAGNE, Juan Carlos, *Et. Al.* Acto administrativo. Tucuman: UNSTA, 1982), considerando a legalidade, aponta quatro limites à discricionariedade: a competência e a forma; o fim; a apreciação dos fatos; e os conceitos jurídicos indeterminados.

MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 240), entende: *"conforme a los criterios o límites señalados en la propia ley que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración (...) se transforme en actuación libre o no sometida a límite"*.

[27] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio

Munidos de todos esses modos de eliminação da discricionariedade potencial, deve-se por meio de procedimentos interpretativos chegar até às estatuições (alternativas e disjuntivas) válidas, onde a opção que poderá ou não ser feita pelo agente público, adotará somente critérios de política administrativa ou governamental tidos como apropriados por este. Portanto, passa-se a fazer uma análise das técnicas ou etapas que este tem que cumprir para chegar até às estatuições válidas, ou seja, para deixar a discricionariedade potencial e chegar à discricionariedade efetiva.

Tal caminho inicia-se com a verificação da existência de competência para atuar do agente público e termina com uma decisão que estabelecerá os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto, que vincularão sua atuação em todos os casos com propriedades idênticas. Para tomar tal decisão terá que passar por um processo particularmente complexo, composto por várias etapas: primeiramente deverá ultrapassar os problemas da linguagem, ou seja, definir a semântica da norma; depois deverá resolver, caso haja – e sempre há–, problemas das concorrências e conflitos normativos; por fim, caso permaneçam estatuições disjuntivas e alternativas válidas, tomará a decisão propriamente dita.

2.1 Competência para intervir diretamente na economia

A competência para montar uma estrutura administrativa é privativa do chefe do Poder Executivo (art. 84, II da CRFB), sendo necessária para a sua criação à necessidade de lei (art. 37, XIX e XX da CRFB), cabendo a este a iniciativa do processo legislativo (art. 61, § 1º, II, *e* da CRFB).

---

de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 22), afirma: *"É a própria lei, portanto, que constitui o suporte do poder discricionário. Na verdade, não há discricionariedade além dos limites da lei. Conduta administrativa fora dos limites da lei representa arbitrariedade e se configura como ilegítima, de modo que não pode ser convalidada em nome de nenhum interesse, principalmente o interesse público que deve ser o alvo final de atividade administrativa*

O exercício da discricionariedade, por outro lado, exige que o administrador, ao optar por determinada direção entre diversas à sua disposição, leve em conta vários fatores, todos sopesados exclusivamente para que a opção seja com efeito o melhor caminho a ser percorrido para alcançar a providência de interesse público almejada.

(...)

No momento em que se desenvolve o processo de valoração dos fatores, o administrador permanece, por maior ou menor período, em estado de maturação e avaliação no que se refere às várias direções a que se pode preordenar sua conduta. Importante nesse processo valorar causas e conseqüências desta ou daquela decisão, a relação custo-benefício que poderá envolver sua conduta, a proporcionalização entre os elementos do motivo e do objeto do ato. É uma escolha – não se pode perder de vista esse aspecto do poder discricionário – e como tal reflete uma decisão. Daí exigir-se que o administrador tenha a capacidade de avaliar todos os fatores necessários à opção que vai fazer, visto que o objetivo, em última análise, é o interesse público".

CONSUELO SARRIA (SARRIA, Consuelo. Discrecionalidad administrativa. *In:* CASSAGNE, Juan Carlos, *Et. Al.* Acto administrativo. Tucuman: UNSTA, 1982, p. 115), afirma: *"o princípio da legalidade é o limite do exercício mesmo da função administrativa, ao tratar de precisar os limites da discricionariedade administrativa, é pertinente afirmar que o limite fundamental é a legalidade, já que dela emana a competência para o exercício de determinada atividade, o fim que deve ter em conta o titular da função para a atuação administrativa e o mesmo poder discricionário, já que não é certo que haja discricionariedade quando não haja lei; pelo contrário, somente se pode falar nela quando há uma habilitação legal para que a autoridade possa apreciar, avaliar e valorar as circunstâncias que rodeiam o exercício de sua função administrativa".*

2.2 Enunciados de normas aplicáveis no caso de intervenção do Estado na economia

Muitos são os enunciados de normas aplicáveis quando se trata da intervenção direta do Estado brasileiro na economia[28], são eles: art. 1º, IV e parágrafo único; art. 2º; art. 3º; art. 37, XIX e XX; art. 61, § 1º, II, e); art. 84, II, IV; art. 170; I , II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e parágrafo único; art. 173, § 1º, I, II, III, IV, V, § 2º, § 3º, § 4º e § 5º; art. 174, § 1º; art. 175 e parágrafo único, I, II, III e IV; art. 177, I, II, III, IV, V, § 1º, § 2º, I, II, III[29].

2.3 Determinação semântica das normas do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro

Uma vez verificada a competência, visualizada os enunciados de norma aplicável ao caso concreto – no caso aplicáveis a quaisquer caso de intervenção direta do Estado na economia – e sendo sabedor de que a norma que trata sobre intervenção direta do Estado na economia (artigo 173, *caput*, da Constituição brasileira de 1988) confere ao agente público discricionariedade potencial, deve o agente tomar uma decisão que estabelecerá os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto, que vincularam a sua atuação em todos os casos com propriedades idênticas.

Como primeira etapa do processo de decisão, terá o agente público que determinar qual a semântica das normas[30], que corresponde ao sentido mais restrito de interpretação, toda

---

[28] Vale esclarecer que limitar-se-á a transpor os enunciados constitucionais uma vez que se tornaria impossível numa investigação como essa – que não estuda um caso específico de intervenção direta do Estado na economia, mas sua generalidade –, transpor toda a normativa infraconstitucional brasileira sobre a matéria.

[29] A discricionariedade decorre unicamente do ordenamento, que é comporto por normas. Logo, a compreensão normativa da discricionariedade é conseqüência do próprio ordenamento, já que a legalidade cria um dever ser que implica a existência mínima de uma norma para qualquer ação deôntica. Assim, a discricionariedade administrativa apenas se reporta às ações deônticas, ou seja, apenas cabe a autonomia relativa à configuração de normas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se podem reconhecer em ação não deônticas.

Por estar vinculado a legalidade, estará sempre dependente do Direito, subordinado a ele. Por isso a discricionariedade jamais poderia resultar da ausência de norma que dispusesse sobre determinado assunto, afinal, não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em norma. Logo, a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites impostos pelo Direito. Uma vez ultrapassados esses, a decisão será arbitrária.

Aqui se faz necessário consignar a existência de uma Cláusula Geral de Proibições do Arbítrio, cláusula essa que atribui competência para que a Administração atue fora do âmbito da legalidade estrita, mas sempre dentro do âmbito do Direito e da moralidade, ou seja, da legitimidade e da licitude. O limite para o atuar do agente público reside justamente na proibição do arbítrio, cujo parâmetro reside na contemplação dos valores constitucionalmente consagrados e de determinadas normas extraídas do ordenamento jurídicos como um todo.

Também, há que recordar a Teoria das Circunstâncias Excepcionais, que aceita a possibilidade de que a Administração se aparte do princípio da legalidade frente a uma situação anormal e exorbitante, na medida em que seja necessário para atender o interesse público.

[30] De acordo com DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 197 e ss), a capacidade semântica da língua é entendida como a propriedade da linguagem relativa a um sistema gramatical específico que permite estabelecer relações de significação, relações estas convencionais. Sua utilização discursiva permite apurar a existência de fatores perturbadores da estabilidade semântica da língua, como as variações diatópicas (em razão do espaço geográfico), as diacrónicas (evolução

vez que serve para determinar entre os enunciados normativos relevantes quais são as normas existentes aplicáveis ao caso. Concerne na interpretação das normas enquanto significado. Constitui uma operação intelectual que pode ser relevante por si só. Essa etapa termina com uma proposição, cujo conteúdo é a afirmação da norma contida no enunciado, que pode ser descritiva ou estipulativa. É descritiva quando a norma resulta de um enunciado com um uso de linguagem certo, e é estipulativa quando responde a quaisquer dúvidas ou incertezas relativas ao significado do texto, caso em que é uma sugestão da norma que aí se encontra. Saliente-se, também, que tal proposição é um exercício de linguagem que reverte numa dimensão explicativa do enunciado nos casos de incerteza semântica destes[31].

Assim, dentre os enunciados mencionados, algumas normas podem ser extraídas.

A primeira norma traz a idéia de que o Estado de Justiça Democrático de Direito, acolhido no art. 1º da Constituição, envolve a legitimação e limitação do poder do Estado por meio da Constituição.

A segunda norma que pode-se retirar dos enunciados mencionados diz respeito ao principio da livre iniciativa. A livre iniciativa não é apenas um princípio da ordem econômica (art. 170, IV e parágrafo único da CRFB), mas também um direito do indivíduo (art. 5º, XIII da CRFB) e, principalmente, um fundamento da República (art. 1º, IV da CRFB). Além disso, o Estado brasileiro adotou como formas de se alcançar o bem-estar: o desenvolvimento nacional e da erradicação da pobreza (art. 3º, II e III da CRFB), que tem na valorização do trabalho e na livre iniciativa suas molas propulsoras. Logo, esta o Estado brasileiro proibido de atuar no mercado no que tange a produção de riquezas. Seu papel é de estimular a empresa privada a gerar desenvolvimento e empregos por meio da atividade econômica. Percebe-se, portanto, que a lei não é livre para atribuir a titularidade de uma determinada atividade ao Estado, quer seja essa serviço público quer seja uma atividade econômica em sentido estrito, do contrário esvaziado estaria o princípio da livre iniciativa.

A terceira norma é extraída do art. 173 da Constituição que apenas possibilita o Estado de atuar diretamente na economia de forma suplementar, ou seja, quando a própria Constituição abrir tal exceção, exigindo que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Daqui se extraí dois princípios: o da subsidiariedade, por força do qual, o Estado só intervém diretamente na economia nas hipóteses autorizadas na Constituição; e o da abstenção, segundo o qual o Estado não deve exercer atividades econômicas, excluindo ou concorrendo com a iniciativa privada, senão nas hipóteses excepcionais mencionadas[32].

A quarta norma estipula que a Constituição deseja que o Estado atue como agente normativo e regulador da atividade econômica, repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico, nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento), conforme se extraí do art. 174 da Constituição.

---

da língua) e as diafásicas (em razão dos segmentos sociais e culturais de falantes). Porém, tais variações são pouco significativas no que concerne à determinação semântica das normas, uma vez que o uso da linguagem adotado no enunciado normativo está praticamente delas isento, pois se utiliza a que mais próximo segue os termos abstratos do código semântico, nos padrões cultos da língua, nos qual apenas as variações diacrônicas podem ser relevantes.

[31] DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 197 e ss.

[32] SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 47.

Ao analisar a semântica das normas, cabe fazer alusão ao que doutrinariamente se chama de conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que toda norma jurídica se exteriorizam por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos ou como se costuma dizer genericamente *"conceitos"* que uma vez utilizados nas normas jurídicas podem ser determinados ou indeterminados[33]. Tais *"conceitos"* muitas vezes trazem dificuldade na interpretação e compreensão da norma, afinal as palavras por seu aspecto lingüístico possuem limitações, mas fato é que não se pode renegá-los, devendo-se trabalha-los para dar-lhe maior ou menos precisão.

Dentre as normas aqui analisadas cabe, a principio, fazer apenas uma analise do artigo 173 da Constituição, uma vez que este utiliza, como visto, duas previsões desdobráveis em milhares de outras por serem consideradas como conceitos jurídicos indeterminados, são elas: *"segurança nacional"* ou *"interesse coletivo"*[34].

São três as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos[35]: a polissemia, a vagueza e a textura aberta[36]. Fora essas três

---

[33] Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer duvida quando a sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões, termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço.
Muitas são as expressões utilizadas pela doutrina para ilustrar o fenômeno da indeterminação. Vago, fluído, elástico, impreciso ou indeterminado, são exemplos de tais expressões. No plano da linguagem comum tais expressões poderiam ser consideradas como sinônimo. No entanto, além se entender existir distinção de cada uma dessas expressões, opta-se por utilizar a expressão incerteza semântica como o gênero de forma de linguagem que a geram.

[34] Também não se pode deixar de mencionar que *"imperativos"* e *"relevante"* também são considerados como conceitos jurídicos indeterminados, no entanto, limitar-se-á a análise dos acima mencionados para não estender demasiadamente o presente trabalho tendo em vista sua interdependência com os conceitos *"principais"* que propõe-se analisar.

[35] Apesar da doutrina utilizar terminologias distintas, são essas as incertezas semânticas que nos interessa analisar. Vide: TESO MARTIN, Enrique del. Contexto, situación y indeterminación. Oviedo: Departamento de Filologia Española, 1998; ROSSA, Letícia Pires. Indeterminação semântica: ambigüidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância. Dissertação de Mestrado, Florianópolis: UFSC, 2001.

[36] A polissemia deriva de as equivalências da relação de significação não estabelecerem apenas um significado para um significante, que acaba por levar o interprete a dúvida sobre qual o significado que é adotado do enunciado da norma. Já a vagueza se caracteriza pela imprecisão do significado, não tendo a palavra fronteira definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra. E a textura aberta, decorre da verificação de circunstâncias insólitas ou imprevistas que geram a dúvida sobre a aplicabilidade correlativa do símbolo léxico. Por fim, a contestabilidade de conceitos técnicos, caracteriza-se quando se necessita de disciplinas técnicas para a verificação ou não da ocorrência de determinado fato.
Dentre as incertezas semânticas analisadas, pode-se dizer que a textura aberta possui uma incapacidade natural para ser utilizada como instrumento de discricionariedade, já que é uma indefinição que resulta da superveniência perante a palavra de uma realidade que vai suscitar uma orla de incerteza inesperada, pelo que por isso, é a própria composição da figura que a afasta de uma utilização da linguagem apta a conferir alternativas. Não havendo sequer qualquer discussão sobre a existência ou não de discricionariedade.
Porém, discute-se se os *"conceitos"* polissêmicos e vagos constituem um cenário de discricionariedade igual ao que se verifica com uma norma que confere expressamente alternativas, mas com um enunciado mais simples e *"econômico"*.
No caso dos *"conceitos"* polissêmicos, parece aceitável o fato de serem utilizados como instrumentos normativos de discricionariedade, já que sua instrumentalização sempre confere alternativas, uma vez que os termos polissêmicos, dependendo do caso, podem conceder indeterminação ao significado da palavra. São muitos os fatores que possibilitam a polissemia: a metáfora, pelo qual o conceito ganha outro significado

incertezas semânticas, a contestabilidade de conceitos técnicos também é uma forma de indeterminação no direito[37]. Todas estas podem ser, a princípio, utilizadas como forma de atribuição de discricionariedade, no entanto, há que verificar se não se confundem com ela[38].

No caso do artigo 173 se esta diante da incerteza semântica da vagueza, uma vez que tais conceitos se caracterizam pela imprecisão, não tendo tais palavras fronteiras definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra. Foram palavras imprecisas, utilizadas pelo legislador para que o enunciado fosse mais simples, ou melhor, *"econômico"*.

---

devido a relação de semelhança (ex.: a primavera da vida); a metonímia, pela qual o conceito adquire outro significado devido a uma relação de implicância (ex.: ler a Virgílio, por ler as obras de Virgílio); a passagem de um termo de linguagem específica para a linguagem comum (ex.: parênteses como sinal de pontuação – abrir um parêntesis para fazer uma explicação); a passagem de um termo de linguagem comum para a linguagem específica (ex.: a pilha de papel, como reunião de objetos – o carro movido a pilha, como gerador de corrente elétrica). Todas essas causas de polissemias favorecem riscos de ambigüidade e imprecisão, logo a polissemia pode gerar indeterminações dos conceitos jurídicos, e por conseguinte discricionariedade.

Já a utilização de *"conceitos"* vagos leva a inúmeras controvérsias sobre a relação que possa existir entre eles e a discricionariedade. Muitas são as causas da vagueza, dentre as mais usuais se tem: a imprecisão, conceito que não contempra o preciso limite do critério para se identificar o alcance do objeto (ex.: calvo); a incompletude, conceito que apresenta ausência ou incompletude de elementos que são vitais para a precisa identificação de seus próprios limites (ex.: menos de 17 anos e maior de 18); as palavras gerais, conceito que reconhece várias espécies ou classes de um objeto (ex.: veículo); e as expressões valorativas, conceitos que revelam um conteúdo valorativo ou axiológico, onde se necessita pontos de vistas e critérios pessoais para que sejam densificadas (ex.: notório saber). São em tais "conceito" vagos e suas causas onde surgem os principais problemas da indeterminação dos conceitos jurídicos.

Por fim, a contestabilidade de conceitos técnicos também pode leva a indeterminações, uma vez que muitas situações mesmo sendo analisadas por disciplinas técnicas, não ofereceram uma única resposta universalmente incontestável. É nessa seara que se discute o problema da discricionariedade técnica. Alerta-se sobre a enorme divergência doutrinaria do tema. Por não ser objeto do presente trabalho, vide: PIETRO VIRGA (VIRGA, Pietro. Diritto administrativo: tai e ricorsi. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001, v. 2) e VICENZO CERULLI IRELLI (IRELLI, Vicenio Cerulli. Corso di diritto administrativo. Torino: G. Giappichelli, 2002).

[37] Esse elenco de indeterminações do direito tem base na doutrina de TIMOTHY A. O. ENDICOTT (ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000) y GENARO R. CARRIÓ (CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

[38] DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 915 e 916), dita: *"Apesar de as incertezas de linguagem poderem ser utilizadas como forma de atribuição de discricionariedade, nada há que permita distinguir uma incerteza lingüística deliberada de um incerteza fortuita; e, como ambas conduzem ao mesmo cenário de discricionariedade na determinação do direito, idêntico ao que decorre de normas determinadas, as normas com enunciados com incertezas de linguagem podem (e devem) ser tratadas como uma categoria global e autônoma de normas atributivas de discricionariedade.*

Integram-se dentre da categoria das normas atributivas de discricionariedade em razão de incertezas semânticas dos enunciados, assim sendo, as que compreendem na sua expressão lingüística casos de polissemia ou de vagueza; como constitui uma indefinição sobre o âmbito denotativo que provém de uma superveniência inesperada, a textura aberta não é à partida, por isso, um caso de incerteza aqui integrável, pois não é uma indefinição de linguagem que directamente confira alternativas.

(...)

É exactamente em razão de as incertezas de linguagem referidas conduzirem a um cenário de discricionariedade equivalente ao que decorreria de alternativas expressamente formuladas, que as incertezas semânticas podem ser utilizadas como um instrumento técnico de atribuição de discricionariedade: em certas circunstâncias, as incertezas semânticas conseguem até recortar tecnicamente o âmbito de discricionariedade envolvido de forma mais eficaz".

No caso, por tais expressões estarem inseridas dentro das previsões, ou seja, por estabelecerem as condicionantes da produção de efeitos, institui tais conceitos jurídicos indeterminados um universo potencialmente ilimitado, não restringindo determinadas antecedências de um efeito por um rol restrito de condições nela descrita. Não há uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito.

Como entende-se que a previsão, em rigor, nas normas de condutas, como é o caso, não confere discricionariedade, uma vez que as ocorrências previstas conduzem, uma ou a outra ao conteúdo da estatuição, sendo a previsão um elemento da norma relativo às suas condições de aplicabilidade e não aos efeitos a adotar quando a norma se aplica. Só poderá ela ser sede direta de uma atribuição de discricionariedade quando há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, não é certo se o efeito da estatuição se produz, ocorre que aqui não estaria se tendo uma discricionariedade proveniente da previsão, mas sim da incerteza de linguagem, pois não se tendo a certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplica ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria de discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem[39].

Logo, quando o legislador se utiliza de termos vagos está dando flexibilidade para a decisão do agente público, pois assim como na discricionariedade existe uma impossibilidade de prever toda e qualquer situação possível de ocorrência[40].

---

[39] Em sentido contrário, tem-se: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. *In:* GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 60), MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 78 e 79) e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85 e 86) que afirmam que a discricionariedade pode ser localizada tanto na previsão como na estatuição. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19-22) afirma que a discricionariedade pode derivar da previsão, da estatuição e afirma, ainda, que também pode derivar da finalidade da norma. Afirma este (*Op. Cit.*) quanto essa ultima possibilidade: *"É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos".*

[40] Na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 124): *"O conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do ordenamento jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que melhor não pareça e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados."*

Já CELSO LUIZ MORESCO (MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 14, p. 78-95, jan/dez, 1996) leciona: *"a) Conceito jurídico de conteúdo indeterminado é todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio. Por isso, afirma-se, que a extensão e o conteúdo são em larga medida incertos; b) Fundamenta-se na separação de fundações do Estado. O legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas. Se o fizer - expedir atos administrativos - estará invadindo - e usurpando - a competência da Administração. Outra razão, de ordem prática, fundamenta a utilização desses conceitos: a impossibilidade real, fática de prever-se toda e qualquer situação possível de ocorrência; (...)"*

Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles conceitos[41] que não se podem traçar precisamente, que não deixa a seu interprete a compreensão exata de quais significados possuem o objeto e a realidade abarcada, ou seja, são os conceitos que deixam dúvida de duas ou mais compreensões de seu significado, quando visualizados o caso concreto[42].

Portanto, a indeterminação jurídica decorre da impossibilidade de identificar, a única ou parte do significado, por meio da interpretação, diante do caso concreto.

Assim, como a discricionariedade administrativa, os conceitos jurídicos indeterminados estão relacionados ao fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Somente pode ser analisada quando diante de um caso concreto, só nele que se pode aferir sua existência. De nada vale ter uma indeterminação na norma em abstrato. A indeterminação do significado na norma jurídica em abstrato será assim como a discricionariedade, uma

---

[41] Vale mencionar divergência doutrinal a respeito da indeterminação no conceito e no termo. MARCUS VINÍCIUS FILGUEIRAS JÚNIOR (FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 107) afirma que a indeterminação é do conceito e não do termo normativo: *"A indeterminação advén do cotejo dos conceitos construídos a partir da lectura dos termos normativos com a realidade"*. Já EROS ROBERTO GRAU (GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço pùblico. *In*: GRAU, Eros Roberto y GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagens a Paulo Benavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145 e 146) leciona tese distinta, de que a indeterminação é do termo e não do conceito: *"(...) todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinado; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado.*
Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito.
Assim, a reiteradamente referida "indeterminação dos conceitos" ao é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação".

[42] Para KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001), conceito jurídico indeterminado é um conceito de baixa densidade normativa; é aquele instituto de direito que exige para sua completa eficácia um juízo de valor realizado pela aplicação do direito no caso concreto.
Na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 124): *"O conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do ordenamento jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que melhor não pareça e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados."*
CELSO LUIZ MORESCO (MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 14, p. 78-95, jan/dez, 1996) ensina: *"a) Conceito jurídico de conteúdo indeterminado é todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio. Por isso, afirma-se, que a extensão e o conteúdo são em larga medida incertos; b) Fundamenta-se na separação de fundações do Estado. O legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas. Se o fizer - expedir atos administrativos - estará invadindo - e usurpando - a competência da Administração. Outra razão, de ordem prática, fundamenta a utilização desses conceitos: a impossibilidade real, fática de prever-se toda e qualquer situação possível de ocorrência; (...)"*
EMERSON GARCIA (GARCIA, Emerson. O direito comunitario e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. *In*: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 220) apresenta as seguintes características dos conceitos jurídicos indeterminados: *"a) imprecisão conceitual lingüística; b) incerteza derivada da necessidade de formulação de um juízo de valor à luz da situação concreta; ou c) exigência de realização de um juízo de prognose"*.

indeterminação em potencial, meramente especulativa. Ou seja, ainda que se verifique a existência de indeterminação em abstrato poderia não haver a indeterminação do direito, se tal não se confirmar diante do caso concreto.

Ressalta-se, também, que muitas vezes conceitos determinados em abstrato, que normalmente ensejam uma vinculação, poderão proporcionar a indeterminação no caso concreto. Inclusive, não é necessário detectar previamente a indeterminação da norma em abstrato para que a indeterminação possa ocorrer no caso concreto. TIMOTHY A. O. ENDICOTT[43], afirma que a indeterminação não advém somente de um aspecto lingüístico, e sustenta que por mais que a escolha dos termos para a formulação das normas jurídicas possa alterar o nível de indeterminação, acaba por reconhecer que a indeterminação é profunda, penetrante e ineliminável. Ou seja, pode-se reduzir a indeterminação, mas jamais eliminá-la[44].

Tomados esses esclarecimentos, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ[45], aduzem que na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado:

> es identificable un núcleo fijo (Begriffken) o 'zona de certeza', configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o 'halo del concepto' (Begriffhof'), más o menos precisa, y, finalmente, una 'zona de certeza negativa', también segura en cuanto a la exclusión del concepto[46].

Logo, pode-se concluir que no enunciado do artigo 173: *"ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"* onde encontra-se a norma: $a^1 \vee a^2 P b$[47], ter-se-á duas previsões que compreendem casos de vaguezas, podendo ser representada da seguinte maneira: $a^1 (c^1 a c^n \wedge v^\wedge d^l a d^n) \vee a^2 (e^1 a e^n \wedge v^\wedge f^l a f^n) P b$, onde: $c^1 a c^n$ ou $e^1 a e^n$ se referem à certeza e $v^\wedge d^l a d^n$ ou $f^l a f^n$ à zona de incerteza, ou seja, à possibilidade de os casos $d^l a d^n$ ou $f^l a f^n$ também serem incluídos no termo.

Assim, pode-se dizer que as zonas de incertezas de linguagem trazem, a princípio, a tal enunciado uma discricionariedade por não se ter certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplica ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria de *"discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem"*.

2.4 Resolução das concorrências e conflitos normativos do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro

---

[43] ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in law. New York: Oxford University Press, 2000, p. 7.

[44] CLAUDIO LUZZATI (LUZZATI, Claudio. L'interprete e il legislatore: saggio sulla certeza del diritto. Milano: Giuffrè, 1999, p. 592) afirma: *"La vaguezza (...) non è un fenomeno qualitative che riguardi poche espresioni, come, per esemplio, "Buena fede", mas è um fenomeno quantitative che, pur essendo riducibile per mezzo di ridefinizioni, è ineliminabile"*. Vide também: LUZZATI, Claudio. La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990.

[45] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-ramón. Curso de derecho administrativo. 11. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 460.

[46] Vale mencionar que a concepção originária dessa idéia é de KARL ENGISCH (*Op. Cit.*, p. 209).

[47] Onde a^1 = quando necessárias aos imperativos da segurança nacional, v = conjunção, a^2 = ou quando necessária a relevante interesse coletivo, P = será permitida (= permissão), b = a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Como segunda etapa tem-se a resolução das concorrências e conflitos normativos que compreende, essencialmente, a individualização da norma aplicável quando os fatos relevantes do caso fazem afluir várias normas. É aqui onde há uma limitação nas escolhas de determinadas estatuições. Podem fazê-lo por meio da indicação de umas delas, ou pela exclusão de outra, restringindo assim a autonomia de partida. Isto é, podem existir normas que diante de um leque de alternativas (conferido por uma norma de conduta ou concebido a partir de uma norma de competência), afastam ou impõem uma delas (ou mais), estando perante a norma atributiva, no entanto, numa relação passível de aplicação de normas de prevalência, são as normas reguladoras; ou normas que não se reportam diretamente a um leque de alternativas, são aquelas que pode entrar em conflito de alternatividade derivada com a norma que se encontra em aplicação no contexto de um determinado exercício de discricionariedade. São, assim, normas de sinal contrário ao exercício genérico da autonomia administrativa, independentes da norma atributiva de discricionariedade. Estas só limitam a discricionariedade em razão das circunstâncias específicas do seu exercício, sendo essencialmente, normas de princípio (podem ser normas regra, dado que estas também entram em conflito de alternatividade derivada), dada a previsão particularmente alargada: são as chamadas normas convergentes.

Das normas extraídas do ordenamento econômico da Constituição brasileira, todas afastam a possibilidade de aplicação do artigo 173 da CRFB. A idéia de se viver um Estado de Justiça Democrático de Direito, acolhido no art. 1° da Constituição, envolve a legitimação e limitação do poder do Estado por meio da Constituição; o fato da livre iniciativa ser um princípio da ordem econômica (art. 170, IV e parágrafo único da CRFB), um direito do indivíduo (art. 5°, XIII da CRFB) e, principalmente, um fundamento da República (art. 1°, IV da CRFB); e a vontade de que o Estado atue como agente normativo e regulador da atividade econômica, repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico, nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento), conforme se extraí do art. 174 da Constituição, afastam a intervenção direta do Estado na economia, sendo possível apenas quando se estiver diante de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Portanto, quando diante de um caso concreto –e apenas nesse–, que se interpretará todo o ordenamento jurídico, para assim localizar as estatuições válidas, ou seja, três grandes avaliações terão que ser realizadas: primeiramente terá que se obedecer à juridicidade, a boa administração e a administração de resultado[48]; depois ter-se-á o dever de observância aos Direitos Humanos Fundamentais[49]; e, por fim, far-se-á uma análises das regras e

[48] Sob o enfoque do triplo fundamento do Estado de Justiça Democrático de Direito, em que a legalidade vincula a atuação estatal ao juridicamente positivado, a legitimidade vincula a atuação estatal ao que é democraticamente identificável ou imposto e a licitude vincula a atuação estatal a moral, não se pode esquecer jamais da busca pelo interesse público, pela boa administração, pela eficiência e pelo resultado. Todos são fins soberanos, imperativos, intransferíveis, impostergáveis, indisponíveis. Devem sempre estar satisfeitas quando da opção em atuar e quando da opção de escolha entre as estatuições potencialmente aceitas no artigo 173 da Constituição brasileira.

[49] Os Direitos Humanos Fundamentais ou simplesmente Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos, são os conjuntos de faculdades e instituições que, ao longo dos tempos, de acordo com a realidade com que se depare, concretizam as exigências de dignidade, liberdade, igualdade, segurança e propriedades humanas, preexistentes a ordem jurídica, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, auto-aplicáveis e de eficácia *erga omnes*.

Além do interesse público, a busca pela boa administração, da eficiência e do resultado, deve o Estado se nortear pelos Direitos Humanos Fundamentais, uma vez que estes são critérios substanciais que devem

princípios limitadores da discricionariedade do artigo 173 da Constituição brasileira[50]. Feita toda essa análise, resultará uma proposição que poderá ser: sintética, quando as condições

---

nortear toda a atividade administrativa, sendo o principio da dignidade humana o epicentro de todo esse direito. Desse modo, os Direitos Humanos Fundamentais, atribuídos à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, ocupam o ápice da escala de valores de qualquer sociedade, importando na vinculação dos Poderes Públicos, que devem necessariamente observá-los ao realizarem qualquer prática. Portanto, o reconhecimento da discricionariedade em determinados casos concretos reclama direta associação com os Direitos Humanos Fundamentais, não havendo medida justa que conduza a prevalência das atuações administrativas em detrimento de Direitos Humanos Fundamentais.

No entanto, esses direitos não são absolutos, podendo ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão de Direitos Humanos Fundamentais, que será solucionada por meio da ponderação ou até mesmo, em casos excepcionais, pelos critérios cronológico, hierárquico ou de especialidade.

No mais, vale recordar que os Direitos Humanos Fundamentais (principalmente os sociais) estão subordinados a outros institutos: a reserva do possível, o mínimo existencial e a proibição do retrocesso. A reserva do possível afirma que a concreta garantia dos Direitos Humanos Fundamentais apenas ocorrerá se existirem meios estatais econômicos – pessoais, financeiros, estruturais, entre outros – disponíveis, apresentando-se como limites à garantia aos Direitos Humanos Fundamentais. O mínimo existencial garante o mínimo necessário à existência do homem, o mínimo pelo qual ninguém pode ser privado. Trata-se de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, a fruição concreta da liberdade e dignidade humana. Esses não podem ser objeto de intervenção do Estado e exigem uma prestação positiva estatal. E a proibição do retrocesso, afirma que o núcleo essencial ja realizado e efetivado por meio de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantizado, sendo inconstitucional qualquer medida que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, traduzem-se na pratica, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo.

[50] Os princípios jurídicos são importantes parâmetros existentes no ordenamento jurídico para limitar a discricionariedade administrativa. Afinal, quando a norma regra não fornece elementos suficientes para se precisar, de modo objetivo, o fim a ser perseguido, e/ou os limites positivos que esta impôs ao agente público, ter-se-á os princípios jurídicos.

Foi com os trabalhos de RONALD DWORKIN (DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999) e ROBERT ALEXY (ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997) que a conceituação de princípio começou a ganhar contornos científicos mais ponderados, ganhando os princípios importância no estudo do Direito. Foram eles os precursores da ruptura com o "positivismo" constitucional que durante tempo desprestigiaram os princípios dentre dos sistemas jurídicos, entendendo que esses trazem poucas certeza jurídica na sua aplicação ou por ser considerados meramente "informativos" e, até mesmo, não dotados de qualquer grau de coercitividade, não sendo nessa linha sequer norma jurídica propriamente dita.

Toda sociedade se rege por valores. A visão do mundo e o *ethos* são os fundamentos basilares desta, pois são esses que dão o arcabouço de valores da sociedade, que o Direito tem a função de operacionalizar. Daí que surge o ordenamento jurídico com o conjunto de normas que expressam os valores da sociedade, normas estas que se apresentam como regras ou como princípios jurídicos.

Cumpre observar que existem autores que entendem ser possível e viável a distinção entre norma e princípio. Dentre estes assim afirma IVO DANTAS (DANTAS, Ivo. Dos princípios Constitucionais e Interpretações Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 59): *"correta é a posição dos que advertem para a distinção entre princípios e normas, sobretudo porque, embora aqueles possam até ser inferidos por uma operação lógica, a norma é sempre expressa, não pode ser 'deduzida' a partir do conteúdo do sistema como um todo"*. AGUSTÍN GORDILLO (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, Tomo I, p. 36-VI): *"La simples norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto por el cual se lo ejecuta. (...) la norma es limite, e el principio es límite y contenido"*.

Além da norma regra e da norma de princípio, há autores (ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Permissions, principles and rights: a paper on statements expressing constitutional liberties. Ratio Juris. Great

do conflito não permitem um juízo formal (em conflitos apenas resolúveis por ponderação ou com incertezas semânticas a incidir no mesmo); ou analítica, quando se limita a ser uma inferência sobre premissas de relacionamento normativo, que ao final irão se resolver ou por uma norma de prevalência[51] ou por ponderação[52].

Britain, Oxford, n. 3, v. 9, set. 1996, p. 237 e ss. *In*: DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) que sustentam a existência de uma terceira via, as normas *goals* (ou *policies*), na qual possuem configuração normativa diferenciada, com distintas morfologias normativas. Tais distinções assentam no critério da natureza fechada ou aberta dos elementos normativos iniciais e finais, de onde decorrem três modalidades de normas: as regras, com previsão e estatuição fechada; os princípios, com previsão aberta e estatuição fechada; e os *goals*, com previsão e estatuição abertas. Afirmam que apenas dos *goals* que geram ponderações e que os princípios e as regras são de aplicação de todo ou nada. DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) discorda de tais autores.

Segundo, ROBERT ALEXY (ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 83): *"Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios al igual que las reglas, son razones para juicio concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas"*.

Uma vez concordando que as regras e os princípios revertem-se de normatividade imperativa (BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Temis, 1999, p. 239), cabe apesar da dificuldade, determinar algum critério de diferenciação adequado (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 138 e ss.), uma vez que é ela primordial para a determinação de como pode o Direito ser realizado, já que ele se reporta há diferentes formas de regulação jurídica.

São três os modelos de regulação existente: 1) a regulação por princípios, onde um regime é estabelecido apenas com base nas normas de princípio mais relevantes no caso, adaptadas ou não à matéria; 2) a regulação por regras, onde o regime compreende efeitos antecedidos de previsões definidoras do gênero de situação; e 3) regulação mista (princípios e regras), que é o conjunto dos dois modelos anteriores, tirando partido das normas de princípio para colmatar as possíveis insuficiências decorrentes das regras estabelecidas. (ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 104 e ss.)

Ora, sendo os princípios a base, o pilar, a viga mestra dos parâmetros fundamentais e direcionadores de uma sociedade, são eles seus valores, valores de uma ordem jurídica. São comandos que integram todas as normas de um determinado sistema jurídico. Logo, possui uma maior abrangência que as regras, que lhes devem observância. Com efeito, as regras devem ajustar-se aos princípios, sendo, portanto, essas razões para as regras e, por conseguinte para decisões discricionais.

É certo alertar, que o Direito rico de princípios é dinâmico, pois todo princípio leva uma carga de discricionariedade, afinal estes possuem uma zona de incerteza que os concede. Assim são os princípios limitadores negativos e positivos que abstratamente concede discricionariedade potencial e *in concreto* limita a discricionariedade advinda.

Assim poderá existir dentre princípios uma potencionalidade de competência e conflitos normativos, que deverão ser resolvidos não por exclusão mas por cessão, uma vez que um deles deverá ceder ao outro, ou seja, haverá um balanceamento, uma ponderação quanto a competência ou o conflito, aplicando-se aquele que, em determinadas circunstancias, satisfaça o ideal de otimização. O que não significa que um deles seja declarado inválido ou que se introduza uma cláusula de exceção, mas, simplesmente que, frente a determinadas circunstancias se aplicará a ponderação, afastando-se o princípio cujo peso foi sobreposto pelo outro. Pode também ocorrer que se apliquem ambos os princípios colidentes até o limite da possibilidade que o peso de cada um composta.

Logo, o conflito entre regras ocorrer na dimensão da validez e a colisão entre princípios se dá na dimensão do peso, uma vez que somente poderão entrar em colisão princípios validos.

[51] Normas de prevalência são de acordo com DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade

Logo, alguns princípios e regras condicionam a atividade discricional da intervenção direta do Estado na economia. Afinal, se são normas jurídicas, a ofensa a estes constituirá ofensa ao Direito[53].

2.5 Decisão propriamente dita de intervir diretamente na economia

A terceira e última etapa é a formulação, propriamente dita, da decisão, que nada mais é que a resolução do caso e a afirmação de ciência sobre o dever ser relativo a todos os casos que reúnam as suas propriedades, estabelecendo assim o direito para todos os casos que tenham os mesmos fatos relevantes e a mesma solicitação de resposta por parte do conjunto normativo (a mesma questão jurídica).

Trata-se de outra limitação à discricionariedade situada dentre de todo esse complexo processo aqui mencionado. A decisão terá *"força de norma jurídica"*[54] por uma questão de

---

procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 894): *"as que, tendo em conta determinadas características formais de outras ou o seu posicionamento no ordenamento, estabelecem qual a norma que deve prevalecer quando se verifique uma concorrência de conflito: assim, podem considerar-se como normas de prevalência a norma de prevalência da norma superior, a norma de prevalência da norma posterior, e a norma de prevalência da norma que consome (especialidade e excepcionalidade).*

As normas de prevalência apenas resolvem, ou podem resolver, os conflitos advenientes de concorrência de contradição, de especialidade e de excepcionalidade, dado que são apenas esses casos de conflito os que podem preencher a previsão dessas normas; as situações de conflito de alternatividade derivada, por intersecção com pressupostos diferenciados compatíveis, ou por incompatibilidade aplicativa, não são, deste modo, por elas resolúveis

As situações de conflito de alternatividade derivada, em qualquer uma das suas duas causas, só não se resolveram por ponderação quando o conjunto normativo contenha uma norma que, directamente, estabeleça a preferência entre os efeitos em conflito".

[52] DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 237 e ss.

[53] Muitos autores ressaltam a necessidade da discricionariedade estar em conformidade com os princípios, dentre eles: RENATO ALESSI (ALESSI, Renato. Principi di Diritto Arnministrativo. 4. ed., Milano: Dott. A. Giuffró, 1978, vol. 1, p. 252); JACQUELINE MORAND-DEVILLER (MORAND-DEVILLER, jacqueline. Cours de Droit Administratif. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1995, p. 256 e 244-251); HARTMUT MAURER (MAURER, Hartmut. Manuel de Droit Administratif Allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht). Tradução de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 135); JEAN RIVERO (RIVERO, Jean. Droit Administratif. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 249-250, n. 262; p. 79, n. 76; e p. 66, n. 74); MARTINE LOMBARD (LOMBARD, Martine. Droit Administratif. 22. ed., Paris: Dalloz, 1998, p. 39-45); LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Et Al* (PAREJO ALFONSO, Luciano; *Et Al.* Manual de Derecho Administrativo Comunitário. Madrid: Centro de Estúdios Ramón Areies, 2000, p. 68); ALBERTO MASSERA (MASSERA, Alberto. Principi Generali. *In*: CHITI, Mario, GRECO, Guido. Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Milano: Dott. A. Giuffré, 1997, p. 444); BERNARDO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 35); GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 2004, p. 165); JUAN CARLOS CASSAGNE (CASSAGNE, Juan Carlos. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, p. 77 e 78); e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 167 e 173).

[54] DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: thomson-civitas, 2006, p.78) afirma que o precedente administrativo não tem valor normativo, pois apenas o costume

respeito ao princípio da pratica reiterada de atos ou da pratica constante indicativa de comportamento e entendimento já sedimentado. É uma derivação do princípio da confiança legítima, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, já que se o agente público toma decisões reiteradas em determinados casos, estará o mesmo se auto-vinculando sobre sua atuação, caso contrário estar-se-ia vulnerando os princípios acima mencionados. Assim entende MARIANO BACIGALUPO[55]:

> Así, la práctica reiterada en el ejercicio de una potestad discrecional (que no sea contraria al Derecho) genera una autovinculación de la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad (Selbstbindung der Verwaltung) por efecto (mediato) del principio de igualdad. Si la práctica administrativa tiene su origen en el sometimiento (interno) del ejercicio de la potestad discrecional a prescripciones administrativas o circulares internas (instrucciones u órdenes de servicio), el principio de igualdad proporciona a éstas, pues, un efecto (auto-)vinculante cuasi-normativo.

Argumenta o autor[56], que o postulado de uma reserva normativa *universal* (é dizer, a exigência de que toda atuação singular da Administração esta previamente habilitada, ao menos, por norma regramentária) também tem seus inconvenientes, fruto, precisamente, da inderrogabilidade singular das normas (regramentárias). E afirma:

> (...) lo que se gana en justicialidad se pierde, posiblemente, en flexibilidad de la actividad administrativa. Por ello, resulta preferible, en ocasiones, que la Administración autovincule su actuación (no sometida a reserva de ley, ni regulada por ésta) sólo indirectamente a través del principio de igualdad (art. 14 CE), ajustando el ejercicio de su potestad discrecional, con carácter general, a instrucciones u órdenes de servicio (circulares), que no impiden, por carecer de valor propiamente normativo, el apartamiento justificado en causas objetivas y razonables.

Ressalta-se que a constante mudança de posicionamento ou de variações de critérios, frustra o administrado, o interesse público, a boa administração, a eficiência e a administração de resultados. A prática reiterada de atos é um dos aspectos do costume. Afinal, esta equivale a repetição de determinado comportamento, aceitado como válido ou conveniente ao interesse público. É a regra de conduta criada espontaneamente pelo agente

---

extra legem é admitido e porque seria um absurdo entender que os Tribunais estariam vinculados à práticas administrativas. Porém, entende que o preceito reiterado tem um valor vinculante para a própria administração, no sentido de que apatar-se dele no caso concreto pode ser indício de trato discriminatório, de falta de boa-fé e de atitude arbitrária. Afirma: *"Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley (art. 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia: artículos 7 CC y 9.3 de la constitución, art. 3.1 LPC)"*. Do mesmo modo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Princípios de derecho administrativo general I. Madrid: iustel, 2004, p. 158) afirma que a adoção pela Administração em supostos concretos vincula esta a resolver casos semelhantes que posteriormente aparecerem. Além de afirma que salvo voz discrepante, a maioria da doutrina reconhece força vinculante sempre que se dê uma identidade subjetiva e objetiva substancial entre os supostos comparados (princípio da seguridade jurídica, da interdição à arbitrariedade, da igualdade). No entanto, recorda que pode a Administração separar-se do precedente e resolver em sentido diverso desde que o ato invocado como precedente seja ilegal ou quando concorrer um fator de interesse público que aconselhe a adotar um critério diverso, mas nesse caso, a Administração está obrigada a motivar sua decisão.

[55] BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 119.

[56] *Ibidem*, p. 246, 247.

público. Logo, tendo a repetição de comportamento e a convicção de que tal comportamento corresponde a uma necessidade jurídica, a torna obrigatória e, portanto, vincula a discricionariedade.

Recorda-se, no entanto, que uma vez obtida as estatuições válidas, estará o agente público diante de uma opção política administrativa ou governamental considerada como apropriada por este em determinado caso concreto, não podendo essa decisão ser questionada por ninguém.

3. Limitações negativas e positivas da intervenção direta do Estado na economia

Quando se trata de limites à discricionariedade, referi-se, normalmente, a limitações negativas e não positivas. É dizer, limitam-se a excluir aquelas soluções que desconhecem os valores jurídicos neles consagrados, mas não apontam qual é a que se há de adotar entre aquelas outras que não padecem de tal vício. Esse malgrado de somente limitar negativamente a atuação administrativa, apenar de não ser o ideal, já configura uma limitação, ou seja, não pode o agente público optar por alguma de suas eleições sem ferir o ordenamento jurídico[57].

O desafio jurídico atual é trazer ao mundo dos limites à discricionariedade parâmetros positivos, ou seja, critérios de aplicação de determinada decisão, predeterminados, para a adoção de uma determinada decisão administrativa, caso contrário, não será possível limitá-la perfeitamente.

O ideal seria então que o legislador programa-se com a densidade normativa necessária o conteúdo (positivo) das decisões administrativas, é dizer, de que o legislador ponha a disposição daqueles, parâmetros de controle dotados de uma estrutura lógico-normativo que seja viável o pleno limite à discricionariedade[58].

Vale mencionar a sugestão de MARIANO BACIGALUPO[59] no sentido de que:

---

[57] É o que se pode depreender dos ensinamentos de CARLOS ARI SUNDFELD (SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165): *"O direito, mesmo nos casos da maior discricionariedade, fornece sempre os elementos para a identificação, por via negativa (isto é, dizendo o que ela não pode ser), da finalidade do ato. E o faz através de idéias como as da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa fé, das quais deriva a interdição dos atos cujos fins sejam irracionais, imorais ou consagradores da má-fé".*

MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 84-86): *"Sin embargo, lo cierto es que, por lo general, tanto los derechos y principios constitucionales como los principios generales del Derecho sólo vinculan negativamente las decisiones administrativas.*

Es decir, se limitan a excluir aquellas soluciones que desconozcan los valores jurídicos en ellos consagrados, pero no positivamente cuál es la que se ha de adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio. A ello se añade que tanto los principios constitucionales que rigen la actuación de los poderes públicos como los principios generales del Derecho se constituyen, a su vez, sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados (arbitrariedad, racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, etc.) que, como se dijo, sólo en sus zonas de certeza positiva y negativa – pero no así en sus respectivas zonas de incertidumbre – permiten un juicio seguro sobre su infracción (manifiesta) o no.

Consecuentemente, resulta harto complicado – cuando no imposible en la mayoría de los casos – articular un control jurídico positivo de la actividad administrativa con apoyo (exclusivo) en genéricos principios constitucionales o principios generales del Derecho".

[58] Sobre a questão da limitação positiva, vide: MARIANO BACIGALUPO (*Ibidem*, p. 207 – 210).

[59] *Ibidem*, p. 244, 245.

> (...) aún en ámbitos no reservados a la ley (y por lo tanto no regulados por ésta), la propia Administración puede estar obligada a autoprogramar o autovincular normativamente su actuación –a través del previo ejercicio de la potestad reglamentaria, oportunamente habilitada por la ley o independiente– con el objeto de que el control jurisdiccional de aquélla pueda alcanzar así (cuando ello sea exigible en atención a las necesidades de protección jurídica de los ciudadanos) una intensidad mayor que la que tendría en caso contrario.
> En efecto, en ausencia de regulación normativa positiva (legal o reglamentaria), el control de la actividad administrativa no podría ser sino meramente negativo (un control de la juridicidad y/o constitucionalidad de la actuación singular en cada caso), es decir, en definitiva, un control de su (ir)racionalidad, (ir)razonabilidad, (des)proporcionalidad, etc.

Em conseqüência, já que entende-se que uma decisão sempre irá estabelecer efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto, pode-se dizer que a Administração estará se autoprogramando, ou se autovinculando, sempre que casos pendentes de decisão administrativa tenham propriedades idênticas, estabelecendo-se assim um direito.

CONCLUSÕES

No contexto das transformações do século XXI e no principiar do surgimento do Estado Pós-moderno, discutiu-se as limitações e as técnicas de contenção da intervenção direta do Estado brasileiro na economia.

Demonstrada as distintas noções de discricionariedade (potencial e efetiva), revelada a tripa formação da norma jurídica e analisada a localização da discricionariedade dentro dos componentes lógicos-estruturais da mesma, demonstrou-se que a intervenção direta do Estado na economia é um dever-poder discricionário do Estado brasileiro, concedido pela norma abstrata do art. 173 da Constituição brasileira.

Tal dever-poder discricionário esta localizado no operador deôntico, já que é uma norma permissiva e na estatuição, uma vez que existem 4 (quatro) formas (absorsiva integral; absorsiva parcial; participativa associativa; e participativa não associativa) de intervenção direita, podendo essas serem realizadas ou não, transformando-se assim tal estatuição em 8 (oito) efeitos alternativos e disjuntivos. Ademais, as duas previsões dessa norma são desdobráveis em milheres de outras por serem consideradas como conceitos jurídicos indeterminados (*"segurança nacional"* e *"interesse coletivo"*), instituindo um universo potencialmente ilimitado de hipóteses que também trazem uma discricionariedade à norma, fazendo com que não se tenha certeza da ocorrência da previsão e por conseguinte criando-se uma incerteza em aplicar ou não o efeito das estatuições, caindo na categoria de *"discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem"*.

Também, estudou-se as técnicas e etapas que o agente público tem que cumprir para chegar até as estatuições válidas, ou seja, até a discricionariedade efetiva. Logo, uma vez verificada a existência de competência para atuar, e a outorga de uma discricionariedade potencial, terá o agente público que tomar uma decisão que estabeleça os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto. Para tomar tal decisão terá que atravessar um processo particularmente complexo composto por várias etapas: primeiramente deverá ultrapassar os problemas de linguagem, ou seja, definir a semântica da norma; depois deverá resolver, caso haja –e sempre há– problemas de concorrências e conflitos normativos, é aqui nesse contexto que entram as normas que regulam a intervenção do Estado na economia e

começam a transformá-las em uma discricionariedade efetiva; para por fim, com as estatuições válidas restantes tomar a decisão propriamente dita, que vinculará sua atuação em todos casos com propriedades idênticas.

Ao final, demonstrou-se que, entre as estatuições válidas, terá o agente público uma margem de atuação e eleição de política administrativa e governamental livre, não existindo nela nenhuma ingerência limitativa.

Conclui-se, assim, que estar diante de estatuições válidas e dentre estas adotar uma opção política administrativa ou governamental é imprescindível para o avanço social, econômico, cultural, político, de uma Administração eficiente e de resultado. Motivo pelo qual jamais deixará de existir discricionariedade, seja ela potencial ou efetiva, sob pena de não haver mais ordem e progresso na sociedade.