



# Revista Jurídica da UniFil

Ano 11 - nº 2 - 2004



**UniFil**

# **REVISTA JURÍDICA da UniFil**

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

**Órgão de Divulgação Científica do  
Curso de Direito da UniFil - Centro Universitário Filadélfia**

**COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO**

Prof. Osmar Vieira da Silva

**COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS**

Prof. Ms. José Valdemar Jaschke

**PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares

**SUPERVISORA EDITORIAL**

Prof.<sup>a</sup> Ms. Érika Juliana Dmitruk

**REVISORA**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria Cristina Viecili

**BIBLIOTECÁRIA**

Neiva Correa França Nakai

# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

## ENTIDADE MANTENEDORA:

### INSTITUTO FILADÉLFIA DE LONDRINA

Diretoria:

|                                       |                          |
|---------------------------------------|--------------------------|
| Agnello Correa de Castilho .....      | Presidente               |
| Wellington Werner .....               | Diretor Secretário       |
| Lélia Monteiro de Melo Bronzeti ..... | Diretora Vice-Secretária |
| Alberto Luiz Cândido Wust .....       | Diretor Tesoureiro       |
| José Severino .....                   | Diretor Vice Tesoureiro  |
| Eleazar Ferreira .....                | Reitor                   |

#### Reitor

- Dr. Eleazar Ferreira

#### Pró-Reitora de Ensino de Graduação

- Prof.<sup>a</sup> Vera Lúcia Lemos Basto Echenique

#### Coordenadora de Controle Acadêmico

- Prof.<sup>a</sup> Alice Cardamone Diniz

#### Coordenadora de Ação Acadêmica

- Prof.<sup>a</sup> Dra. Damares Tomasin Biazim

#### Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

- Prof. Nadir Antonio Sperandio

#### Coordenador de Projetos Especiais e Assessor do Reitor

- Prof. Reynaldo Camargo Neves

#### Coordenador de Publicações Científicas

- Prof. Leandro Magalhães

# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

## COORDENADORES DE CURSOS DE GRADUAÇÃO

- **Administração** - Prof. Luís Marcelo Martins
- **Arquitetura e Urbanismo** - Prof. Ivan Prado Junior
- **Biomedicina** - Prof. Eduardo Carlos Tonani
- **Ciências Biológicas** - Prof. João Antônio Cyrino Zequi
- **Ciências Contábeis** - Prof. Eduardo Nascimento da Costa
  - **Direito** - Prof. Osmar Vieira da Silva
  - **Enfermagem** – Prof.<sup>a</sup> Maria Lucia Lopes
  - **Farmácia** – Prof.<sup>a</sup> Lenita Brunetto Bruniera
  - **Fisioterapia** – Prof.<sup>a</sup> Suhaila Mahmoud Samaili
  - **Nutrição** – Prof.<sup>a</sup> Flávia Hernandez Fernandez
- **Pedagogia** – Prof.<sup>a</sup> Marta Regina Furlan de Oliveira
  - **Psicologia** – Prof.<sup>a</sup> Denise H. Tinoco
- **Secretariado Executivo** – Prof.<sup>a</sup> Izabel Fernandes G. de Souza
  - **Sistemas de Informação** - Prof. Adail Roberto Nogueira
- **Tecnologia em Proc. de Dados** - Prof. Adail Roberto Nogueira
  - **Teologia** - Prof. Rev. Silas Barbosa Dias
    - **Turismo** - Prof. Thais Berbert

# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

## CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

Prof. Ms. Osmar Vieira da Silva

Prof. Ms. César Bueno de Lima

Prof. Dr. Everaldo Pinto Conceição

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria Cristina Viecili

Prof. Ms. Antonio Carlos de Oliveira Araujo

Prof.<sup>a</sup> Ms. Maria de Fátima Garbuio Rossetto

Prof.<sup>a</sup> Ms. Sandra Cristina M. N. G. de Paula

Prof.<sup>a</sup> Ms. Luciana Mendes Pereira Roberto

Prof. Ms. Mario Sergio Lepre

Prof.<sup>a</sup> Ms. Heloisa Helena de Almeida Portugal

Prof.<sup>a</sup> Ms. Érika Juliana Dmitruk

Prof. Ms. José Valdemar Jaschke

Prof.<sup>a</sup> Dra. Rozane da Rosa Cachapuz

Prof. Ms. Ademir Simões

Prof.<sup>a</sup> Ms. Renata Cristina O. Alencar Silva

Prof. Ms. Antonio Carlos Lovato

Prof.<sup>a</sup> Dra. Valkiria Lopes Ferraro

## CONSELHO CONSULTIVO

Prof. Dr. Gilberto Giacóia (FANORPI)

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro (UEL)

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)

Prof.<sup>a</sup> Dra. Jussara S. A. B. N. Ferreira (UEL)

Min. José Augusto Delgado (UFRN)

Prof. Dr. Luiz F. Bellinetti (UEL)

Prof.<sup>a</sup> Dra. Giselda Hironaka (USP)

Prof. Dr. Arnaldo de M. Godoy (UEL)

# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

## EDITORIAL

---

É com grande alegria que levamos a público o segundo volume da Revista Jurídica da Unifil. Ela demonstra a preocupação do Instituto Filadélfia de Londrina com a construção de um curso de Direito comprometido com o aprendizado e a disseminação do conhecimento. Vem também reiterar a utilização de um instrumento para a divulgação e socialização da cultura jurídica, o que deve ser consolidado com a continuidade das publicações. A construção de um curso superior depende de compromisso e de honestidade com o conhecimento por meio de um comportamento ético. A publicação do presente volume vem demonstrar isso.

Entre os autores participantes desta edição, temos professores da própria UniFil e a participação de colegas de outras instituições, inclusive contando com publicações de membros do nosso Conselho Consultivo, o que muito nos honra. Entre os artigos, foi mantida a compatibilidade temática com as linhas de pesquisa do Curso de Direito da UniFil, visando à formação de um curso coerente com suas propostas de trabalho.

É gratificante participar dos primeiros passos da realização de um projeto de construção de um curso de Direito. Esta revista é um registro desses passos, de longa caminhada. Fica aqui o convite à comunidade acadêmica do Direito para participar deste projeto, deixando um registro nas próximas edições deste periódico.

*Marcos Antônio Striquer Soares*  
Presidente do Conselho Editorial

# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

---

A Revista Jurídica da UniFil é uma publicação anual do Curso de Direito da UniFil. É definida como um espaço de divulgação da produção científica dos docentes da Instituição, bem como de docentes e profissionais de outras Instituições, desde que o teor do trabalho esteja relacionado com as linhas de pesquisa do Curso de Direito, com vistas a fornecer, à comunidade local e regional, diagnósticos de problemas sócio-jurídicos que possam contribuir, de alguma maneira, para as políticas jurídicas nas esferas administrativas mais amplas. Os originais, encaminhados para publicação, devem obedecer às seguintes normas:

1 - Estar consoantes com as linhas de pesquisa do Curso de Direito da UniFil, quais sejam:  
a) Teorias do Direito, do Estado e da Cidadania; b) Dogmática Jurídica, desenvolvimento e responsabilidade social.

2 - Além de artigos científicos originais, também serão publicadas resenhas, que devem conter apreciação crítica do autor, não podendo ser meros resumos.

3 - Os artigos científicos deverão ocupar entre 10 e 20 laudas; as resenhas, até 10 laudas.

4 - O material deverá ser enviado ao editor em disquete de 3,5 polegadas, acompanhado de prova impressa. Como fonte, deve-se usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinhas com espaçamento de 1,5; as margens superior e inferior devem ser iguais a 2,5cm. e as laterais a 3,0cm. O tamanho do papel deve ser A4.

5 - Os artigos deverão apresentar um breve resumo em português (10 linhas no máximo) e abstract em inglês, bem como as palavras-chave e os keywords. O texto deverá ser precedido de um sumário, no qual constem os itens de desenvolvimento do trabalho, com até 3 dígitos.

6 - As resenhas deverão conter na abertura um breve relato da obra resenhada, a título de introdução.

7 - Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

a) As citações devem ser feitas, preferencialmente, pelo sistema numérico, em rodapé, onde as referências são numeradas consecutivamente, em ordem crescente, correspondentemente à ordem de citação no texto;

b) Não devem ser incluídas referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado deverá figurar em nota de rodapé; o autor que o citou, deverá ser explicitado na lista de referências bibliográficas.

c) A bibliografia completa deverá figurar ao final do artigo, organizada segundo a ordem alfabética dos nomes dos autores principais.

# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

8 - Na página inicial deverá ser indicado, através de uma chamada de asterisco, em nota de rodapé, a qualificação técnico-profissional do(s) autor(es) do trabalho, bem como o E-mail do autor ou do coautor que poderá ser contatado pelo público leitor em caso de interesse.

9 - As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor, acompanhadas de uma carta em anexo contendo a autorização para publicação, na qual o autor se responsabilize inteiramente pelo teor do seu trabalho e pelas ideias ali expostas.

10 - A publicação de um trabalho encaminhado à Revista dependerá da observância das normas acima fixadas, da apreciação por parte do Conselho Editorial e também dos pareceres emitidos pelos Consultores. Serão selecionados para cada número da Revista os artigos que tragam um tema de relevância e atualidade, desde que também estejam em conformidade com as linhas de pesquisa do Curso de Direito da UniFil.

11 - Os trabalhos que não se adequarem às normas aqui explicitadas serão devolvidos a seus autores, que poderão reencaminhá-los, desde que sejam efetuadas as modificações necessárias.



# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

## SUMÁRIO

---

### PERSPECTIVAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA O SÉCULO XXI

José Augusto Delgado

### A TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE INDUZIDA

Eduardo Appio

### A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NOS ESTADOS DO MERCOSUL

Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva, Maria de Fátima Ribeiro

### FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ÉTICA DA EMPRESA

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

### INDÚSTRIA CULTURAL E MISTIFICAÇÃO DAS MASSAS

Joseman Aurélio Fernandes

### O JUIZ E A DECISÃO POR EQUIDADE

Adriana Aparecida Giosa Ligerio

### AS PERSPECTIVAS PRINCIPOLÓGICAS DO DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO E A NOVA ORDEM LEGAL

Henrique Afonso Pipolo; Anderson de Azevedo

### DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM PARALELO ENTRE O ESTATUTO DA CIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Valkíria A. Lopes Ferraro

# REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano II – nº 2 – 2005

ISSN 1087-1627

## DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

João Luiz Martins Esteves

## ESTADO PUNITIVO: O CAMINHO MAIS CURTO PARA O PIOR

Cezar Bueno de Lima

## O INSTITUTO DO PRECATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA E DOS CREDORES

Ellen Patrícia Chini

## UMA NOVA VISÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA JURISDIÇÃO A PARTIR DA ARBITRAGEM

Gilberto Notário Ligerio

## LIMITES CONSTITUCIONAIS À EFETIVAÇÃO DA REFORMA TRIBUTÁRIA POR EMENDA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO E ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTES

Antonio Carlos Lovato

## ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DOS CONTRATOS

Luciana Mendes Pereira Roberto

## AS LACUNAS AXIOLÓGICAS

Osmar Vieira da Silva

## APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que levamos a público o segundo volume da Revista Jurídica da Unifil. Ela demonstra a preocupação do Instituto Filadélfia de Londrina com a construção de um curso de Direito comprometido com o aprendizado e a disseminação do conhecimento. Vem também reiterar a utilização de um instrumento para a divulgação e socialização da cultura jurídica, o que deve ser consolidado com a continuidade das publicações. A construção de um curso superior depende de compromisso e de honestidade com o conhecimento por meio de um comportamento ético. A publicação do presente volume vem demonstrar isso.

Entre os autores participantes desta edição, temos professores da própria UniFil e a participação de colegas de outras instituições, inclusive contando com publicações de membros do nosso Conselho Consultivo, o que muito nos honra. Entre os artigos, foi mantida a compatibilidade temática com as linhas de pesquisa do Curso de Direito da UniFil, visando à formação de um curso coerente com suas propostas de trabalho.

É gratificante participar dos primeiros passos da realização de um projeto de construção de um curso de Direito. Esta revista é um registro desses passos, de longa caminhada. Fica aqui o convite à comunidade acadêmica do Direito para participar deste projeto, deixando um registro nas próximas edições deste periódico.

*Marcos Antônio Striquer Soares*  
**Presidente do Conselho Editorial**



## Mensagem da Reitoria

*Oh! Mar salgado!  
Quanto do teu sal são lágrimas de Portugal?  
Por te querermos, quantos filhos órfãos se tornaram,  
Quantas mães em vão choraram,  
Quantas noivas ficaram por se casar,  
Para que fosses nosso, oh! mar.*

*Valeu a pena?  
Tudo vale a pena se a alma não é pequena  
(Fernando Pessoa – Portugal).*

Para o mais ilustre poeta da língua portuguesa, é preciso ter grandeza de alma para ter a coragem de enfrentar os problemas. E mais festejadas e mais legítimas serão as nossas vitórias, quando elas forem alcançadas à custa de muita luta e, se necessário, de muita tribulação.

Refletindo sobre as nossas lutas e o prazer que elas nos proporcionam ao final, conseguimos entender a atualidade e lucidez das palavras de São Paulo, em sua carta escrita aos cristãos que moravam em Roma, há cerca de 1950 anos, quando ele afirmou que: “também nos gloriamos nas tribulações, sabendo que a tribulação produz a paciência, e a paciência produz a experiência, e a experiência produz a esperança”.

Creio que se tivéssemos a perfeita noção de quantas virtudes advêm das lutas e dos embates que *a priori* nos afligem, sem fatalismo, daríamos graças a Deus por todas elas. É certo que pareceria loucura, mas também é certo que ninguém revolucionou o mundo, não sem antes ter ao menos parecido louco aos olhos dos reacionários, conservadores do *status quo*.



É nesse contexto de embates para o cumprimento do projeto pedagógico proposto ao MEC que, com grande alegria, saudamos outra vitória conquistada pela Unifil, através do Curso de Direito, quando observamos o conteúdo do 2º volume da Revista Jurídica da Unifil, recheado de profundas e importantes reflexões a respeito dos mais variados conflitos de interesses intersubjetivos, travados no seio do Poder Judiciário, na incessante busca da pacificação social com justiça.

Em especial, saudamos o primeiro articulista desse volume, o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, por toda contribuição intelectual que gentilmente nos tem emprestado, desde a aula inaugural de implantação do Curso, bem como a todos os demais ilustres autores que ora socializam os seus conhecimentos. Recebam todos a nossa maior gratidão.

Dr. Eleazar Ferreira  
**Reitor**



## PERSPECTIVAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA O SÉCULO XXI

*Min. José Augusto Delgado\**

### RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de abordar as perspectiva do Direito Constitucional para o século XXI. Para tanto, analisa o papel do Estado na época contemporânea e o tipo de democracia que está sendo aplicada como regime político administrativo; os fenômenos sociais, empresariais e individuais presentes no século XXI e que desafiam regulação pelo Direito Constitucional; e ainda enfrenta a questão ética.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional; Democracia; fenômenos sociais; regulamentação; ética.

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to deal with the perspectives of the Constitutional Law for the 21<sup>st</sup> century. As for that, the following data were analyzed: the role of the State in the contemporary age and the type of democracy that is being used as a political-administrative regime; the social, entrepreneurial and individual phenomena that are present in the 21<sup>st</sup> century, which challenge regulation by Constitutional Law and still face the ethic question.

**Key words:** Constitutional Law; Democracy; social phenomena; regulation; ethics.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As Perspectivas do Direito Constitucional para o Século XXI e a Democracia. 3 Os Fenômenos Sociais Empresariais e Individuais Presentes no Século XXI e que Desafiam Regulação pelo Direito Constitucional. 4 As Perspectivas do Direito Constitucional para o Século XXI e a Ética. 5 Conclusões.

---

\* Ministro do STJ. Professor de Direito Público (Administrativo, Tributário e Processual Civil). Professor UFRN (aposentado). Ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco. Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário. Sócio Benemérito do Instituto Nacional de Direito Público. Conselheiro Consultivo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Integrante do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional do Direito Penal Militar e Direito Humanitário.

## 1 INTRODUÇÃO

A abertura de espaços científicos para discutir e buscar soluções para os efeitos provocados pelos fenômenos ocorrentes no início deste século no constitucionalismo brasileiro, permite que as investigações sejam realizadas em campo de universalidade, para que resultem na imposição de idéias contribuidoras ao aperfeiçoamento da ciência jurídica e à formação de uma conscientização a respeito dos novos rumos que devem tomar o Direito Constitucional contemporâneo.

O mundo político e o ambiente jurídico enfrentam, após o término do século XX, os desafios impostos por indecisões, por perplexidades e por inconformismos que estão vivenciando o cidadão nas suas relações com o Estado, além dos impactos determinados pelas transformações sociais, tecnológicas e científicas nunca antes experimentadas pela humanidade.

O Estado, como entidade compondo os sentimentos e necessidades dos integrantes da Nação a ele vinculada, desenvolve as suas atividades sem definir-se por um modelo social ou neo-liberal, especialmente, se deve ser máximo, médio ou mínimo.

As Constituições contemporâneas são submetidas a novas linhas de hermenêutica<sup>1</sup> onde o intérprete busca adaptar as mensagens que a formam com as provocações decorrentes da recepção ou não do ordenamento jurídico existente, envidando máximos esforços para harmonizar os seus princípios com os valores integrantes da cidadania.

---

1 BUCHELE, P. A. T. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição.** Renovar, p. 179.

Enumera as diversas escolas formadas no curso do tempo que dedicaram-se a estudos relativos aos fenômenos voltados para imposição de regras de interpretação jurídica. São seus os registros seguintes: “Diversas são as Escolas de Hermenêutica Jurídica que se formaram desde o Código Napoleônico, no limiar do século XIX. O presente trabalho selecionou algumas das principais, a saber: a) A Escola da Exegese, de Laurent e Demolombe, e seu Método Gramatical; b) A Jurisprudência Conceitual, de Savigny, e seu Método Histórico-Evolutivo; c) A Jurisprudência Analítica, de John Austin, e seu Método Lógico-Formal; d) A Jurisprudência de Interesses, de Ihering, e seu Método Teleológico; e) A Escola da Livre Pesquisa Científica, de Géný, e seu Método Empírico-Jurídico; f) A Escola do Direito Livre, de Ehrlich e Kantorowicz, e seu Método Indutivo; g) A Jurisprudência Sociológica e Norte-Americana, de Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, e seu Método Lógico-Experimental; h) O Realismo Jurídico Norte-Americano, de John Gray, Karl Llewellyn e Jerome Frank, e seu método de análise psicológica do juiz; i) O Realismo Jurídico Escandinavo (Escola de Utsala), de Alf Ross, Karl Olivecrona e Lundstedt, e seu método de análise linguística; j) A Escola Ecológica, de Carlos Cossio, e seu Método Empírico-Dialético; k) A Teoria Crítica do Direito e a sua preocupação em tornar o jurista o agente da transformação social, mediante o uso do Direito como expressão da Justiça, que deve ser realizada na sociedade.





O constitucionalismo contemporâneo é marcado pela complexidade existente nas relações de poder e convivências nascidas de laços comerciais e industriais nacionais e internacionais. Formam uma nova ordem econômica, envolvida por posturas de fusão de empresas, de privatizações e delegações de serviços públicos, por questões ambientais, por problemas que acentuam a necessidade de gestões para a preservação da saúde pública, de ser protegida a liberdade de iniciativa e de disciplinamento da comunicação acelerada entre os povos, em razão das tecnologias avançadas postas à disposição do homem pela informática.

O federalismo, como forma de governo pela qual vários estados se reúnem numa só Nação, sem perderem sua autonomia, sem falar dos negócios de interesse comum, passa por momentos de redefinições. Busca-se assentar, no círculo dos princípios que o formam, linhas fundamentais para a convivência de um federalismo fiscal com gestão responsável, controlado pelo poder central, sem quebrar a liberdade dos entes federados, respeitando-se, porém, a necessidade de convivência com um equilíbrio orçamentário onde a figura do déficit desapareça, a fim de que seja alcançado um determinado nível de desenvolvimento econômico pela Nação. É, por exemplo, o que está sendo tentado ser feito no Brasil, haja vista a filosofia da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>2</sup>.

Essas meditações conduzem a uma revisão das idéias já postas sobre um novo tipo de Estado descentralizado, por se ter alcançado a certeza de que o federalismo a ser aplicado, nos dias atuais, especialmente o experimentado pelo Brasil, não pode continuar tendo as mesmas estruturas até então adotadas e inspiradas nos caminhos acentuados pela doutrinação responsável pela sua criação.

Procura-se um tipo de federalismo que pode ser denominado de econômico e desenvolvimentista, profundamente preocupado com a prática pelos agentes públicos de uma gestão fiscal responsável (no campo penal, civil, político e administrativo) inspirada no planejamento de ações, na transparência a ser adotada na execução dos atos gerenciais públicos e vinculada, de modo extremo, aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da transparência e da eficiência, impondo, em consequência, dignidade à pessoa humana e valorizando o trabalho. Tentam a ciência política e a jurídica, esta pela via do Direito Constitucional, oferecer, de modo concreto, os valores básicos que sustentam a cidadania e o que ela necessita para, como tal, ser considerada. Busca um objetivo central: o de que o cidadão, psicologicamente, sinta a possibilidade de reconquistar a confiança em si mesmo e no futuro da Nação a que ele está sentimentalmente vinculado.

---

2 Lei Complementar n. 101, de 4/5/2000.



O Direito Constitucional contemporâneo assume, portanto, características determinantes da realização de estudos de largo alcance sobre as reformas impostas, na atualidade, ao tecido estatal, ora adotando concepções para a instalação de um Estado reservado ao cumprimento de suas atribuições fundamentais, ora potencializando a efetividade e a eficácia de uma atuação pública dirigida, em tempo integral, a proteger os direitos individuais, coletivos e sociais do ser humano, direitos que são denominados como sendo de quarta geração, valorizando o sindicalismo e o direito associativo. Ao lado da busca de definir esses propósitos, passou, também, o constitucionalismo moderno a preocupar-se com a chamada constitucionalização das relações jurídicas de direito privado, em face da influência que elas passaram a ter para o alcance do equilíbrio da convivência social. Tudo isso é desenvolvido com a pregação, também, de que sejam adotados sistemas de controle da Constituição. Esta, por representar a vontade da Nação, submete-se a um processo de auto-valorização quanto à execução de seus princípios e regras, pelo que se torna importante o papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de guardá-la e fazer que Ela, como um todo, seja cumprida e obedecida.

Não deve ser deixado sem reflexão o fato de que esse processo de aperfeiçoamento ou de transformação das instituições constitucionais desenvolve-se em um regime democrático. Pouco importa que a administração desse regime, como é o caso do Brasil, não esteja encontrando caminhos para entregar aos administrados o que eles mais desejam: paz, segurança, amplo emprego, proteção à saúde, oferta de fácil educação, ausência de corrupção nos serviços públicos e privados, harmonia entre os vários estamentos sociais, erradicação da fome, diminuição do grau de pobreza, dignidade ao homem e culto à cidadania. O certo é que a prevalência de um regime democrático é que deve sobressair. Não obstante os piores defeitos nele constatados, quando em execução, é muito mais benéfico do que a melhor das ditaduras.

Conforta identificar que a democracia, na época contemporânea, é o regime predominante em todos os campos da vida moderna. Esse fato é incontestável, conforme registra Marco Maciel, em artigo intitulado “Democracia e desigualdade social”, ao afirmar:

A predominância da democracia em todos os campos da vida moderna é incontestável: a maioria dos 189 países-membros da ONU vive sob regimes democráticos e há avanços na proteção dos direitos humanos, nas garantias dos direitos das minorias e da condição feminina e compromissos com a preservação ambiental.

Além disso, o aprofundamento da democracia se dá não só no espaço público da política, mas igualmente na área privada típica da economia, onde se verificam mudanças de atitude no que diz respeito à responsabilidade social das empresas para com o desenvolvimento sustentável e a adoção de mecanismos de proteção aos direitos dos consumidores, por exemplo.

Adverte, a seguir, o renomado articulista, que:

A democracia, contudo, não se esgota nas conquistas nos planos político e econômico, ambos de muita visibilidade. O maior desafio com que se defrontam as democracias, amadurecidas ou emergentes, é o déficit social. A falta de mecanismos que proporcionem igualdade de oportunidades para todos e a erradicação da pobreza são requisitos sem os quais continuaremos a ter instituições democráticas, mas dificilmente verdadeiras democracias<sup>3</sup>.

A função do Direito Constitucional é fazer com que o Estado seja dotado de regras que possibilitem a atuação de mecanismos políticos, administrativos e jurídicos que conduzam a existência de uma verdadeira democracia. Esta, de acordo com o panorama brasileiro, só ocorrerá quando atingidos forem os fundamentos que sustentam a República Federativa do Brasil e os objetivos fundamentais que ela visa alcançar, conforme acentuado nos Arts. 1º e 3º, da Carta Magna<sup>4</sup>.

Só esses fatos são suficientes para a revisitação dos dogmas constitucionais até então estabelecidos pela ciência jurídica. Ocorre que há outros a circular, de modo paralelo, no ambiente do direito constitucional, com intensa potencialidade de repercussões, a exigir reflexões ordenadas e sistematização adequada para que possam ser integrados ao contexto jurídico que os envolvem.

3 MACIEL, M. Democracia e Desigualdade Social. **Folha de São Paulo**. 8/ago./2000. Caderno A 3.

4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político[...]. Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Atente-se, como opção a ser comentada, a necessidade imposta pela globalização experimentada, agora, pela humanidade da determinação de um novo conceito de soberania, com perspectivas que envolvem a proteção ao meio ambiente, a configuração de novos tipos penais, a aceitação de um direito comunitário, a universalização do comércio e a quebra de fronteiras para as comunicações em decorrência da Internet.

O desafio imposto, na atualidade, aos que lutam pela imposição do Estado atuar, unicamente, cumprindo a lei, é concebido como sendo o de democratizar a Constituição. Democratizá-la, porém, de modo harmônico, com todo o contexto acima descrito, e envolvida pelos seus efeitos e conseqüências causadas pela globalização e os decorrentes dos desejos e necessidades da cidadania.

Correta a afirmação feita por Marçal Justen Filho de que a passagem de um regime político ditatorial para um democrático envolve acentuada complexidade. Emprega-se a expressão regime político ditatorial em seu sentido mais amplo possível. Na espécie, regime ditatorial é, também, aquele onde o cidadão não é considerado como sendo o centro das atenções das decisões administrativas, atuando o Estado quase como senhor absoluto e desconfigurando, ao seu entender, princípios postos na Carta Maior. Na verdade, como afirma Marçal Justen Filho:

O processo de democratização se exterioriza, no nível jurídico, na substituição de diplomas legislativos. De regra, produz-se a adoção de nova constituição. Mas a democratização não se completa com a mera consagração de outra constituição. Como a ‘democratização’ é um processo sem fim, é claro que a substituição da constituição é uma etapa relevante e meramente inicial. Isso deriva da impossibilidade de isolar o diploma constitucional do ambiente social em que se insere e ao qual se dirige. Por um lado, a democratização depende da mudança de postura da própria sociedade em face das relações de poder. Por outro, a Constituição não pode ser examinada como um conjunto fechado de princípios e regras, cuja normatividade se isole da realidade histórica do povo<sup>5</sup>.

---

5 JUSTEN FILHO, M. Professor da UFPR, advogado. In: BUECHELE, P. A. T. **O Princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. (Prefácio a obra). Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

A Constituição, ao ser aplicada, deve ter o talho da indumentária dos valores da cidadania. Nenhum arabesco a mais, nenhum corte mais ou menos saliente. A função da Carta Magna democrática é de servir ao cidadão, tão-somente ao cidadão, transformando o Estado em simples instrumento a ser utilizado para a execução dos seus comandos. A maior marca institucional do século XXI é de que ele volte-se, integralmente, para garantir os direitos do cidadão.

A humanidade conviveu com séculos que destinaram seus objetivos à conquista de direitos sociais, ao desenvolvimento industrial, ao crescimento cultural e à imposição de avanços técnicos e científicos. Não conheceu, ainda, um século cuja preocupação central seja a de valorizar a cidadania, os seus direitos fundamentais, concedendo ao homem, pela atuação estatal, absoluta dignidade, emprego, proteção à saúde, regime de segurança, desenvolvimento profissional, ausência de discriminação racial, educação, guarda da velhice, da infância e da juventude.

É nos limites desse quadro de aspirações da sociedade que o Direito Constitucional há de desenvolver os seus dogmas, os seus princípios de atuação, criando ondas reformuladoras e interpretando as regras já existentes de modo que sejam adequadas a essa nova moldura axiológica.

## **2 AS PERSPECTIVAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA O SÉCULO XXI E A DEMOCRACIA**

É impossível o exame das perspectivas do Direito Constitucional para o século XXI sem o desenvolvimento de estudos sobre o papel do Estado na época contemporânea e o tipo de democracia, que está sendo aplicada como regime político administrativo.

Não podem ser ignoradas as advertências feitas por pensadores políticos sobre os perigos que ameaçam a democracia atualmente vivenciada por quase todas as Nações do mundo, especialmente, a brasileira.

A análise dos resultados negativos identificados em razão de uma prática administrativa pública ineficiente, porém desenvolvida sob o manto de que está agindo sob a inspiração de um regime democrático, sem oferecer, contudo, proteção ao cidadão e aos seus direitos e garantias individuais e sociais, conduz as meditações a temer pela instalação de movimentos provocadores de instabilidade política, social e econômica.

É de se avaliar a força que está assumindo a corrente que defende o “entreguismo<sup>6</sup> ou o fascismo<sup>7</sup>, sob todas as suas formas, que está ressurgindo em vários Países, aproveitando-se das dificuldades econômicas que as diversas sociedades estão sofrendo, fazendo prevalecer um nacionalismo exacerbado e um populismo demagógico que leva à ditadura”, conforme pensa Arnoldo Wald<sup>8</sup>.

É de se considerar, por outro ângulo, a imposição da globalização da economia, o “que é irreversível”, e, “se todavia continuar sendo imposta sem os freios e contrafreios necessários a cada País, poderá terminar por gerar a pior de todas as dependências, que é aquela de os países em desenvolvimento ficarem definitivamente dominados e dirigidos pelos sete maiores países do mundo e sem aliados mais desenvolvidos”, segundo exposição de Ives Gandra da Silva Martins<sup>9</sup>.

Causa preocupação a pouca influência do direito na solução de inúmeras questões que estão envolvendo a atuação do Estado e o cidadão, por apresentar-se com regras obsoletas sem força de modificar e de impor os princípios democráticos aos segmentos da Nação, de modo que eles pudessem vigorar de modo harmônico com os anseios e necessidades da cidadania.

Constata-se, por outro prisma, a incapacidade do Estado em alcançar resultados positivos nas reformas pregadas e postas em execução, porque, a exemplo do que está ocorrendo no Brasil, essas reformas não estão fortalecendo a cidadania em seu contexto social, nem na sua atuação individual.

Devem ser consideradas como surpreendentes as evoluções das ciências tecnológicas, especialmente a Informática, sobrepondo, em muitas das vezes, a sua força a do Estado, pelo que se o direito não regular o uso dos instrumentos por elas criados, não haverá garantia de equilíbrio axiológico entre as suas ações e os efeitos por elas produzidos na vida do homem.

O atestado de que o Estado está em declínio, cedendo suas atribuições para as megas fusões empresariais, conduz a inexistência de confiança de que essa instituição secular solucionará os problemas vitais presentes no dia a dia dos membros da sociedade.

---

6 FERREIRA, A. B. de O. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa:

Ideologia, ou interesse político, que preconiza entregar à exploração de capital estrangeiro os recursos naturais do país. .

7 Id. Ibid. Sistema político nacionalista, imperialista, antiliberal e antidemocrático, liderado por Benito Mussolini (1883-1945) na Itália, e que tinha por emblema o feixe (em it., fascio) de varas dos antigos lictores romanos.

8 WALD, A. **Desafios do Século XXI**. O papel do Estado no limiar do século XXI. São Paulo: Pioneira, p. 65.

9 MARTINS, I. G. da S. Op. Cit., Desafios sem Perspectivas (Artigo), p. 18.

Preocupa a ausência de um “pacto social, no qual a democracia se faria sentir não apenas na seleção dos governantes, mas, de modo mais intenso, na formação da vontade nacional e no planejamento dialogado da economia, devolvendo o Poder Público à sociedade, numerosas atividades das quais se incumbem de modo inadequado e reduzindo a área de sua regulamentação, que se tornou excessiva”, segundo observação de Arnoldo Wald<sup>10</sup>.

É de ver de modo instável a distância da sociedade em relação ao Estado, em razão de desencontros entre os propósitos e necessidades daquela com o que esse lhe oferece. Há repulsa à onda crescente de corrupção, vício estrutural enfraquecedor dos princípios da moralidade, da legalidade e da eficiência, corrupção incentivada pela ausência de um combate e controle eficaz no atuar administrativo, onde predominam amplas atribuições concedidas aos agentes públicos e quase nenhuma fiscalização a ser exercida por sindicatos, associações e outras entidades de natureza privada.

Os perigos afetadores da democracia não são somente os acima descritos. Outros fatores existem e necessitam ser alinhados. O que surge como certo é a necessidade do direito, na época contemporânea, ser um direito regulador da atividade estatal dotado com regras de maior eficiência e executoriedade, o que lhe deve ser, primeiramente, fornecido pelo legislador e, em seguida, interpretado com esse alcance pelo Poder Judiciário.

Não pode haver segurança em um regime democrático, nem em qualquer outro tipo, que convive com os problemas que estão presentes na configuração social da atualidade brasileira. Esses problemas foram elencados por Oscar Dias Correia, da forma seguinte:

A saúde pública, cada dia mais insuficiente, com o desmantelamento do sistema existente, não reparado e recomposto, em que até as antigas Santas-Casas de Misericórdia, que aludiam os miseráveis, perderam a capacidade de atendê-los, onde quer que estejam e como quer que se esforcem.

A educação, com o aumento das deficiências da rede pública e a impossibilidade de atendimento pela rede particular, de custos insuportáveis pela população crescente, em taxas maiores, especialmente entre os menos assistidos.

---

10 WALD, A. Op. Cit., p. 58.

As deficiências habitacionais, com o aumento das massas urbanas, sobretudo na periferia das grandes cidades, e a impossibilidade de atendimento, mesmo em condições precárias, das demandas crescentes, amontoando-se imensas populações em áreas sem a mínima condição de habitação e sobrevivência.

O êxodo rural, com a crescente mecanização da agricultura e, ainda assim, ao desamparo do Poder Público, que não supre os meios para atender aos que não dispõem dos recursos de exploração da terra que possuem, por mais que tentem fruí-la.

A tensão rural, pelas dificuldades dos proprietários rurais, com o crédito desbaratado pela incompetência, a má vontade, a burocracia e as taxas insuportáveis de financiamento; além disso, incapacitados de atender às levas sempre crescentes e industriadas dos que pleiteiam ocupá-las e que incluem toda a sorte de pessoas; retirantes e trabalhadores rurais, com vocação para o trabalho rural e impossibilitados de exercê-lo por falta de recursos; desempregados de outras áreas, migrantes, imigrantes (estrangeiros); aproveitadores de toda ordem, incluindo os fomentadores especializados no fomento das tensões sociais, muito ajudados por várias entidades e até órgãos do governo.

O desemprego industrial e comercial, com a melhoria das condições tecnológicas, que expulsa os menos aptos ao trabalho mais qualificado e não tem condições de habilitá-los para isso.

As condições dos inativos (aposentados, 'encostados'), em número sempre crescente e proporcionalmente maior do que os dos trabalhadores sustentadores dos benefícios previdenciários, gerando a falência dos mecanismos de atendimento, que não suportam a massa dos necessitados – o que ainda mais se agudece com o aumento dos índices médios de vida e o envelhecimento da população.

Após descrever o quadro dos perigos que ameaçam a democracia praticada, hoje, no Brasil, conclui Oscar Dias Corrêa:



E tudo o mais de que esse quadro é pálido bosquejo. Essa dimensão social do problema brasileiro é, assim, superior a todas as outras, porque sem a melhoria das condições nas quais se apresenta, será impossível falar em desenvolvimento, à falta da base humana em que se assenta. Este não é, porém, apenas um problema nacional, mas de boa parte, para não dizer de todo o mundo<sup>11</sup>.

As linhas sustentadoras de qualquer regime democrático adotado por determinada Nação devem assentar-se, também, no princípio de que “O máximo que as instituições sociais podem fazer por um homem é deixar-lhe livre e vigoroso o próprio crescimento: não podem forçá-lo a crescer de acordo com o padrão de outro homem”<sup>12</sup>.

O apego a essa rota não admite que a democracia, experimentada pelos brasileiros, esteja, verdadeiramente, permitindo que o homem goze os valores a que tem direito e que lhe são atribuídos pela própria natureza: o de que crescer, de modo vigoroso, para alcançar as suas aspirações.

O Direito Constitucinal ancora-se, agora, em estudar as conseqüências de não ter regulado antes, de modo mais profundo, essas inquietações que criam obstáculos para a prática de um regime democrático pleno e que realize todos os anseios e necessidades da cidadania, conforme concebido pelos seus idealizadores.

É dever do legislador, consciente dessas anomalias experimentadas pelo homem no seu relacionamento com o Estado e com as instituições que o compõem, criar condições para a efetivação da democracia. A advertência de Margareth Thatcher, em palestra proferida em São Paulo, está presente na concepção firmada sobre o tema por todos os operadores do direito:

Não acredito em governo fraco, e sim em governo forte mas circunscrito. O governo deve ser forte para respaldar o estado de direito, forte para lutar contra cartéis e monopólios, forte para manter sólidas as finanças do estado, forte para estabelecer um padrão mínimo de benefícios sociais que possam garantir uma vida decente e, finalmente, forte para defender a nação<sup>13</sup>.

Essa é uma realidade que cabe ao Direito Constitucional enfrentar, por ser uma das suas missões a de, pelas regras instituídas, estabilizar a convivência do povo com o Estado do qual faz parte.

---

11 CORRÊA, O. D. **Desafios do Século XXI**. O desafio da nova era: o homem (observações). São Paulo: Pioneira, p. 77-78.

12 RUSSEL, B.

13 THATCHER, M. palestra proferida em São Paulo, Paper: Idéias Liberais. Instituto Liberal, 1994, a. . n. 07. In: BASTOS, C. R. **Desafios do Século XXI**. O Brasil na encruzilhada. (Artigo). São Paulo: Pioneira, p. 98.

### 3 OS FENÔMENOS SOCIAIS, EMPRESARIAIS E INDIVIDUAIS PRESENTES NO SÉCULO XXI E QUE DESAFIAM REGULAÇÃO PELO DIREITO CONSTITUCIONAL

Alvin Tofler, em sua obra “Criando uma nova civilização”, adverte:

Ninguém sabe detalhadamente o que o futuro nos reserva ou o que funcionará melhor na sociedade da Terceira Onda. Por esse motivo devemos pensar não em uma reorganização maciça isolada ou uma única mudança revolucionária, cataclísmica, imposta de cima para baixo, mas em milhares de experimentos conscienciosos, descentralizados, que nos permitam testar nossos modelos de tomadas de decisões políticas nos níveis local e regional antes de sua aplicação aos níveis nacional e transnacional<sup>14</sup>.

Essas incertezas não impedem de, em face de fatos testemunhados e que aconteceram na quadra temporal atual, elencar-se o que os vários estamentos sociais necessitam de regulamentação jurídica pelo Direito Constitucional, no curso do século XXI.

Sem pretensão exaustiva, visualiza-se que, urgentemente, o Direito Constitucional há de tratar, com maiores detalhes, de :

a) considerar a globalização como sendo uma realidade econômica que leva em conta as leis do mercado internacional vigorantes nos países desenvolvidos, com moeda estável, PIB em crescimento, desemprego controlado, para tornar-se fato consumado, desprezando, conseqüentemente, as dificuldades dessas mesmas leis serem aplicadas nos países emergentes, que estão empenhados numa luta sem fim pela estabilidade da moeda e da democracia, enfrentando o aumento asfixiante da falta de oferta de emprego público e privado e dos bolsões de miséria<sup>15</sup>;

b) traçar normas compatíveis com o processo de transformação imposto às “modernas democracias representativas em democracias participativas; entregando ao cidadão as rédeas da sociedade”, na expressão de Marcos Sá Corrêa, em artigo publicado na Internet, *site*: <www.no.com.br>, no dia 6/8/2000;

14 TOFLER, A. Criando uma nova civilização. Record, 4. ed., p. 139 In: ROSAS, R. **Desafios do Século XXI**. A sociedade e a Justiça: processo e Judiciário no século XXI. Registro com o qual encerrou o trabalho intitulado que compõe a obra coletiva.

15 REVISTA TREVISAN, Síntese do pensamento exposto no editorial denominado A globalização protege o mundo desenvolvido e detentor de capital, n. 133, a. XII, p. 4 -1999.

c) evitar a perversão da democracia, não permitindo a adoção de condutas por parte de agentes administrativos e políticos que desvirtuem a independência dos Poderes, especialmente, quando provocam interferência na autonomia do Judiciário;<sup>16</sup>

d) implantar normas jurídicas com efetividade e eficácia que imponham uma democracia sem desigualdade social, considerando que:

A democracia, como se sabe, filosófica e eticamente, busca a conciliação entre liberdade e igualdade. O governo republicano também justifica essa aspiração, por entender que todos devem ter iguais oportunidades e que não deve haver distinção entre qualquer parte dos cidadãos e o todo da sociedade.

Por isso a política precisa voltar a ser definida como o ‘campo dos interesses’ coletivos. Regimes que não atendem a princípios coletivos podem ser regidos por instituições democráticas, mas não democracias, pois privilegiam os que mais pressionam, por possuírem maior capacidade de exprimir, e não necessariamente os que mais necessitam. A era em que vivemos, a chamada ‘sociedade de informação’, conquanto cause fascínio e produza vantagens para a humanidade, não é capaz, por si só, de mudar a realidade contemporânea e torná-la melhor, mais justa. Todavia, há que se notar que esses tempos abrem enormes perspectivas de mudanças por ensejarem a prática de formas de democracia direta.<sup>17</sup>

O Direito Constitucional não pode ignorar a miséria acumulada por séculos e aumentada na última era. As mudanças exigidas para alterar esse quadro de reflexos negros só terão êxito, no campo econômico, se forem protegidas por um disciplinamento jurídico rígido e voltado para o controle do cerne da questão, com o impedimento da prática da corrupção no emprego das verbas públicas.

---

<sup>16</sup> A expressão “perversão da democracia” foi cunhada por Reginaldo de Castro, Presidente da OAB, em entrevista concedida ao jornal O Globo, em data de 05.08.2000, ao criticar a forma como os juízes ministros são escolhidos para os Tribunais, com interferência direta do Poder Executivo.

<sup>17</sup> MACIEL, M. Democracia e desigualdade social. **Folha de São Paulo**. 8/8/2000, Caderno A 3.

As reformas econômicas só serão eficazes se elas forem humanizadas. Para tanto ser alcançado, o Direito Constitucional tem de tornar a sua presença uma realidade e uma força com objetivos determinados, sob pena da capacidade de crescimento da Nação ser bloqueada e os direitos da cidadania tornarem-se instáveis pela fragilidade que os alcançará.

O contexto em que o Direito Constitucional atua exige que os países sul-americanos aprofundem as relações harmônicas já existentes para que possam enfrentar os desafios e as oportunidades da globalização. O êxito desse proceder passa por caminhos que devem ser estruturados pelo Direito Comunitário, a fim de haver viabilização do projeto América do Sul, sugerido por Celso Lafer. Este autor, em ensaio intitulado “De espaço a projeto”<sup>18</sup>, enfrentando as formas de integração dos países da América do Sul em face da democracia, escreveu:

A viabilização do projeto América do Sul requer uma cuidadosa análise. Entre estes desafios que permeiam o projeto América do Sul estão: (I) o de como tornar operacional, no plano das políticas públicas, a idéia-força da América do Sul; (II) o de como articular respostas conjuntas não apenas para promover o desenvolvimento e lidar com estratificação internacional numa era de globalização, como também a de tratar com os riscos difusos, da violência anômica provenientes na América do Sul das forças centrífugas, propiciadoras da sublevação dos particularíssimos, nela incluídos o crime organizado, o narcotráfico e a guerrilha e (III) o de como aprofundar a solidariedade entre os países da América do Sul, levando em conta as restrições e limites que os problemas internos colocam para cada um de nossos países.

Esses aspectos, quando vistos com a profundidade que eles exigem, levam o homem a lembrar-se de que, com o “fim das ditaduras e passada a euforia da redemocratização, a democracia está em crise”<sup>19</sup>. Por isso, é lembrado por quem exteriorizou essa afirmação, que Jacques Marcovitch, reitor da USP, advertiu a necessidade do processo democrático passar pela trilha do desenvolvimento e da coesão social, afirmando: “O exército dos excluídos pode ser tão eficaz para o descrédito da democracia como o foram os exércitos que depuseram presidentes e fecharam congressos”.

18 LAFER, C. De espaço a Projeto. **Correio Braziliense**. 06/08/2000.

19 LEFCOVICH, S. América do Sul sem fronteira. **Correio Braziliense**. 06/08/2000. Caderno Pensar.

A instalação de crises econômicas, sociais, políticas e axiológicas na democracia é uma realidade. Cumpre à ciência jurídica contribuir, ao lado de outras ciências, especialmente a política, para que ela seja atenuada ou até mesmo abolida, sugerindo um novo modelo de democracia.

A democracia não pode ter êxito quando testemunha, sob a alegação de que ela está sendo aplicada, o rebaixamento do homem promovido pelo Estado e pela sociedade de massas surgida com a revolução industrial e tecnológica. É de ser lembrado que Friedrich Nietzsche<sup>20</sup>, no final do século XIX, foi o mais radical adversário desse proceder resultante na diminuição da dignidade do ser humano, profetizando, segundo Oswaldo Giacoia Junior, em trabalho denominado “A genealogia dos preconceitos”<sup>21</sup>, os “perigos da desertificação do espírito, quando a cultura se torna mercadoria e a paciência do conceito cede o passo ao frenesi sensacional da indústria cultural”.

Carlos Fuentes<sup>22</sup>, ao ser entrevistado por Cassiano Elek Machado<sup>23</sup>, identificou o século XX como de resultados negativos. Com a frase a seguir citada, sintetizou todas as dificuldades vivenciadas pela democracia:

---

20 SOUZA, P. C. de. Os lugares de Nietzsche. **Folha de São Paulo**. Caderno Mais. 06/08/2000. Durante os seus 55 anos de vida, Friedrich Nietzsche habitou em muitos lugares. Nasceu e foi criado no leste da Alemanha, foi professor universitário na Suíça, viveu perambulando por cidades e lugares da Itália e da Suíça e depois voltou à região de origem, onde veio a morrer. As etapas dessa vida não muito longa são bem claras: até os 24 anos, filho órfão de um pastor, vivendo com a mãe e a irmã, depois estudando filologia clássica em Leipzig; nos dez anos seguintes, professor de língua e literatura grega na Basileia; outros dez anos (1879-1888) como filósofo errante e solitário; e, os últimos 11 anos, na demência, aos cuidados da mãe e da irmã.

21 Id. Ibid. Caderno Mais.

22 Carlos Fuentes é escritor mexicano, porém, nascido na cidade do Panamá, em 1928.. Ao atingir 71 anos, notabilizou-se por imaginar o futuro e recordar o passado. No romance intitulado “Os Anos com Laura Díaz” retrata a última centena de anos. Este romance está chegando ao Brasil.

23 FUENTES, C. Entrevista publicada na **Folha de São Paulo**. 5/08/2000. Caderno E 10.

Há uma evidente crise universal da civilização urbana. Hoje os países de Primeiro Mundo têm seu Terceiro Mundo dentro. E países de Terceiro Mundo têm um Primeiro mundo embutido. É a tal da Belíndia sobre a qual vocês falam por aí. As 'belindas' estão por todo lado. A novidade é que cada vez mais existem terceiros mundos dentro dos primeiros. É mundo dos guetos, do descuido com a velhice, da misoginia<sup>24</sup>, da homofobia<sup>25</sup>, dos preconceitos, da falta de infra-estrutura, da educação em declive, do crime, da insegurança, da droga... É um panorama muito negativo. Este século que passou não é dos melhores mundos possíveis.

O futuro espera um Direito Constitucional com propósitos de enfrentar todos os problemas já enfocados e outros que circulam no aparelho estatal. Há de apoiar as práticas do mercado livre, desde que sejam executadas com responsabilidade social. Deve exigir que o Estado firme compromisso com os marginalizados, com os pobres e com os excluídos pela sociedade, melhorando o nível de vida de cada cidadão, retirando-a da pobreza absoluta, devolvendo a sua dignidade.

Não devem ficar estranhas ao Direito Constitucional as descobertas científicas, pelo muito que elas representam para a humanidade. A ele cabe regular a manipulação do átomo pelos cientistas, pela possibilidade que têm de construir aparelhos microscópicos que, de certa forma, interferirão na intimidade do homem. A nanotecnologia é uma realidade que está a exigir contornos jurídicos imediatos, antes que os seus efeitos sejam desastrosos para a humanidade.

Os problemas dos impactos causados pela biotecnologia sobre a saúde e o ambiente estão a necessitar ampliação do ordenamento jurídico existente sobre eles. Os alimentos transgênicos devem ser definidos como sendo uma ameaça à biodiversidade ou uma solução para o problema da fome? É uma resposta que o Direito Constitucional Ambiental, embora esteja sendo chamado a proclamar, não poderá fazê-lo sem relacionar-se com os ditames de outras ciências. É desafio a ser enfrentado com urgência, por vincular-se aos meios de proteção das gerações atuais e futuras.

---

24 Misoginia é a conduta do homem pelo desprezo ou aversão às mulheres, repulsa mórbida do homem ao contato sexual com as mulheres.

25 Medo mórbido, horror instintivo a alguma coisa, aversão irreprimível, tudo em posição de nivelamento pelo homem.



#### 4 AS PERSPECTIVAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA O SÉCULO XXI E A ÉTICA

A imposição de uma conduta ética pelos governantes, pelos governados, pelos estamentos industriais, comerciais, políticos, educacionais, de saúde, de trabalhadores, é uma reivindicação da sociedade atual contemporânea. Esse rigor comportamental está sendo exigido em decorrência da quebra dos valores informativos da vida social pelos que a integram.

A ética deve aparecer presente em todos os processos de desenvolvimento econômico, social, educacional, jurídico, religioso e administrativo.

Não se pode admitir, sob o ponto de vista ético, que “estilos e fórmulas econômicas em vigência prossigam alijando expressivos segmentos sociais dos benefícios gerados pela globalização”<sup>26</sup>, pois:

a rigor, o desenvolvimento humano não pode permanecer submetido às oscilações do capital volátil. A Unesco há muito luta pelo advendo de uma ética universal capaz de governar a globalização e possibilitar, por conseguinte, a compatibilização das necessidades sociais e humanas com a racionalidade instrumental de mercado. Todavia, adverte o Relatório Mundial da Cultura, coordenado por Pérez de Cuéllar: assegurar a todos os seres humanos, em todo o mundo, condições que lhes permitam levar uma vida decente e uma existência rica exige um grande investimento de energia e amplas mudanças políticas. É esse, portanto, o desafio que se tornou urgente superar para que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos se converta, em um futuro próximo, em ponto de referência das decisões políticas e econômicas em escala mundial”<sup>27</sup>.

A prática da ética é um dos desafios do milênio. O Brasil está imerso nesse turbilhão de transformações do comportamento humano. Há expectativas criadas de que, em um futuro próximo, sejam corrigidos os desvios até então praticados. A sociedade, embora lentamente, está conscientizada da necessidade de impor respeito aos seus direitos, para o que conta com a colaboração do direito público.

26 WERTHEIN, J. (sociólogo argentino, representante da Unesco no Brasil e Coordenador do programa Unesco/Mercosul). *Correio Braziliense*. 08/08/2000.

27 Id. *Ibid*.

A adoção da ética como padrão normal de conduta reflete na entrega de Justiça e na valorização da cidadania. Sem a sua prática o homem não conseguirá vencer os desafios impostos pelo século XXI. Ela é, entre outros, elemento contribuidor para combater o desemprego, para enfrentar o descompromisso do homem em dificuldades financeiras para manter a sua família com a ordem jurídica e disposto, portanto, a violá-la; para diminuir a tentativa de destruição dos conceitos de pátria, família e Deus pelas políticas contemporâneas; para afastar a obsolescência do direito, o corporativismo da administração e a ambição mesquinha de alguns políticos; para evitar a falência do Estado e proporcionar a sua reformulação; para o combate à corrupção generalizada no serviço público e nas atividades privadas.

O agente público, de qualquer nível, ou o agente particular, ao expressar conduta ética, impõe crença na moralidade e na eficiência das suas ações.

No início do século XXI, os pensadores jurídicos e sociais têm se preocupado com a ética até em demasia. Isso está justificado pela não obediência aos seus princípios, aos valores por ela defendidos.

Registram-se, por exemplo, os seguintes pronunciamentos a respeito:

André Franco Montoro: A economia é aética. A política é aética. O direito é aético. É afirmação de muitos economistas, políticos e juristas contemporâneos. Quiseram construir um mundo sem ética. E a ilusão se transformou em desespero.

Maria Luiza Marcílio e Ernesto Lopes Ramos: Se, pois, o comportamento humano oscila pendularmente entre o Bem e o Mal e a inclinação para um desses valores não pode nem deve atribuir-se, em exclusivo, a fatores hereditários ou genéticos, insta perscrutar, no âmbito da liberdade e através de juízos éticos, com apelo às forças da sua liberdade, fonte última de sua consciência moral, para onde, nesta peregrinação terrena, vai ou caminha a pessoa humana, fugindo ao absurdo existencial, do seu insondável dever.

Giovani Caso e Lafaiete Pussolo: “Os antigos gregos e romanos expressaram estes deveres, no tríplice preceito: ‘viver honestamente, ou seja, comportar-se na sociedade com lealdade e retidão’, ‘não causar danos aos outros’, e ‘dar a cada um o que é seu’. Estes preceitos exprimem o mínimo de justiça, ao qual todo cidadão tem direito e sem o qual a convivência social fica gravemente comprometida.



Luiz Antonio Rizzatto Nunes: O papel do juiz, o que dele se espera é que se comporte dentro dos parâmetros e regras estabelecidos pelo sistema jurídico num Estado de Direito. Nesse sentido, sua atuação deve ser técnica com um máximo de excelência. Contudo, não se espera só isso: há o imperativo moral que determina que ele seja justo (além, é claro, do imperativo das próprias normas jurídicas nesse sentido, por exemplo o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Com um maior entrosamento do juiz com a sociedade, a Justiça será mais fácil!

Ives Gandra da Silva Martins: “A ética, no exercício das atividades do jurista e do advogado, é seu mais relevante indicador, em face de as duas profissões vincularem-se à proteção de direito de terceiros e à preservação das próprias instituições.

Francisco Catão: A questão ética é universal. Coloca-se, hoje, com urgência crescente, para toda a sociedade, cada uma das pessoas e corpos sociais, a família, a escola, a sociedade civil, o governo, em todos os setores da atividade humana, política, econômica, saúde, educação, até a religião, tudo enfim que diz respeito, de perto ou de longe, ao ser humano e à sua vocação como pessoa. Generalizou-se o sentimento de que a vida humana e a sociedade precisam ser revistas à luz da ética, sob pena de caminharmos sem rumo para os maiores desastres, senão para o completo caos, perdendo a possibilidade de sermos felizes e de alimentarmos a esperança de um mundo de paz e de justiça.

Henrique C. de Lima Vaz: O artigo tem por objeto analisar a situação da Ética na cultura contemporânea. A Introdução descreve a razão da atualidade dos temas éticos, situando-a na evolução da sociedade ocidental nos últimos cinquenta anos. A primeira parte acompanha a evolução da chamada razão moderna desde o século XVII, confrontando-a com a razão clássica. A segunda parte mostra a formação das racionalidades éticas modernas na sua correspondência com as racionalidades

científico-filosóficas. Finalmente, a Conclusão enumera alguns dos problemas da Ética contemporânea e sugere a possibilidade de sua solução através de um retorno aos princípios da Ética clássica.<sup>28</sup>

A história denuncia a preocupação da humanidade com a ética. Demonstra que ela instalou-se, de modo acentuado, na 2ª. metade do século XX. Impressionante é o volume de publicações sobre ética, em todas as partes do mundo e em todos os setores do conhecimento. Ela foi explorada e exigida ser cumprida no campo da política, do direito, da indústria, do comércio, da administração pública e privada, na justiça, no esporte, na ciência, na economia e na comunicação.

Não são esquecidos episódios recentes de movimentos populares e associativos reivindicando ética na vida pública, na vida social e no comportamento pessoal:

- campanha das mãos limpas na Itália;
- cassação de parlamentares;
- cassação do Presidente da República;
- movimento dos caras pintadas no Brasil;
- movimento das diretas.

Essa impressionante preocupação pela ética levou José Arthur Ginotti, em estudo sobre a Ética, em 1992, a perguntar: “Por que a ética voltou a ser um dos temas mais trabalhados do pensamento filosófico contemporâneo?”

Segundo Franco Montoro<sup>29</sup>,

a resposta talvez possa ser indicada no célebre título do romance de Balzac, ‘Ilusões perdidas’. Quiseram construir um mundo sem ética. E a ilusão se transformou em desespero. O campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, tiveram resultado desalentador e muitas vezes trágico.

28 MARCÍLIO, M. L.; RAMOS, E. L. (Coords.). **Ética na Virado do Milênio**. 2. ed. São Paulo: LTR. (orelha do livro).

29 MONTORO, F. Op. Cit.



As meditações agora postas levam a conclusão de que o direito não pode conviver sem subjugação aos princípios éticos. Por isso, Franco Montoro, afirmou que “O direito não pode ser aplicado sem vinculação direta aos princípios da ética”. Lembrou Radbruch: “Uma consideração do direito cega aos valores é inadmissível”

Os registros de Franco Montoro sobre a ética permitem a elaboração do seguinte resumo:

a) no campo do direito, teorias do positivismo jurídico, que prevaleceram a partir do final do século 19, sustentavam que só é direito aquilo que o poder dominante determina e o que ele determina só é direito em virtude dessa circunstância’. Ética, valores humanos e justiça são considerados elementos estranhos ao direito, extrajurídicos. Pensavam com isso construir uma ciência pura do direito e garantir a segurança da sociedade.

b) Essa ilusão, porém, foi desfeita com:

- a trágica experiência da guerra mundial de 1939 a 1945 (força do totalitarismo, Hitler, genocídio, violação dos direitos humanos);

- a revolta da consciência mundial e a constituição de um Tribunal Internacional, em Nuremberg, para julgar os crimes contra a humanidade;

- a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, 1948, ONU;

- a denúncia histórica feita pela Declaração:

- A desconsideração e o desrespeito dos direitos humanos resultaram em atos bárbaros, que revoltam a consciência da humanidade.

- O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

- Ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações.

- A dignidade do homem é inviolável.

- As primeiras palavras do art. 1º da Constituição da Alemanha”. ‘Por causa do homem é que se constituiu todo o direito’.<sup>30</sup>

A ética, no âmbito da economia, passou a ser defendida com larga intensidade. Alguns pronunciamentos a respeito:

1. Não podemos deixar que o mundo se transforme num mercado global, sem outra lei que a do mais forte (Mitterrand).

2. A mundialização da economia e o progresso das tecnologias aumentam a cada dia a interdependência entre as nações. Caminhamos para um mundo só. Chegou-se a admitir que essa mundialização beneficiaria a todos. Mas, a presente realidade mundial oferece contrastes gritantes. Ao lado das conquistas e avanços do desenvolvimento econômico, cresce e se agrava continuamente um quadro de miséria, desemprego, marginalização e desigualdades inadmissíveis. Os dados são estarrecedores:

- mais de 1 bilhão de pessoas, isto é, uma quinta parte de população mundial passa fome e vive em condições de extrema pobreza;

- 30% de toda população, em idade economicamente ativa, está desempregada;

- em países altamente industrializados, e não apenas nos demais, o desemprego e a exclusão social tornaram-se endêmicos. ‘Tanto nos Estados Unidos como na Comunidade Européia cerca de 15% da população vive abaixo do limiar da pobreza’, diz textualmente o documento de Antecedentes da Reunião de Copenhague.<sup>31</sup>

---

30 ROMANO, D.

31 MONTORO, Op. Cit., p. 20-21.

- ‘Os ricos estão cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres’, enfatizou o Secretário-Geral das Nações Unidas, Boutros Ghali.

- ‘Por o ser humano no centro do desenvolvimento e orientar a economia para satisfazer mais eficazmente as necessidades humanas’ (Documento Final da Conferência de Copenhague, março de 1995, Chefes de Governo e representantes de 185 países, além de milhares de delegados de organizações não governamentais).

- ‘É a condenação dos programas econômicos, que só enxergam a eficiência e o lucro. Contra a afirmação de que tudo é negócio e de que o lucro é o critério supremo da economia levanta-se a voz da Assembléia Mundial para recolocar a pessoa humana como valor ético fundamental da economia e do desenvolvimento’.<sup>32</sup>

A Ética na política foi examinada por Montoro<sup>33</sup>. Em síntese, afirmou:

- a) existência de fraudes, desvios de verbas públicas, corrupção de administradores, corrupção de empresários e máfias de toda ordem transformam a coisa pública em coisa nossa;
- b) os escândalos provocam uma reação generalizada da consciência pública;
- c) advertência de Maritain: ‘A máxima segundo a qual a política deve ser indiferente ao bem e à moral é um erro fatal’;
- d) ‘Apesar de suas imperfeições e de seus limites, a democracia é o único caminho por onde passam as energias progressivas na história humana’.

A Ética deve ser cumprida no campo da Ecologia. Pronunciamentos de conceituados doutrinadores defendem essa postura, bem como preceitos legais:

---

<sup>32</sup> MONTORO. Op. Cit. p. 22.

<sup>33</sup> Id. Ibid. p. 22-23.

a. ‘Há uma lei verdadeira, conforme a natureza e o homem não a pode violar sem negar a si e à sua natureza, e receber o maior castigo’ (Cícero).

b. ‘Os movimentos ambientalistas têm como base o dever moral para com a sociedade de manter o equilíbrio vital da natureza’ (Samuel Branco).

c. ‘Em um best-seller que atravessou fronteiras – O Contrato Natural – Michel Serres, um dos filósofos mais influentes da França contemporânea adverte: “As violências contra a natureza, cometidas ao longo da história, não foram balizadas por qualquer ética. É preciso firmar com o mundo, além do antigo contrato social, um novo pacto: o contrato natural.’

d. A CF dedica todo um capítulo ao meio ambiente: Art. 225: ‘Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] essencial à qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.’

Investiga-se, também, da necessidade da ética atingir a atuação da ciência. A respeito, destacam-se as proclamações a seguir:

a. ‘A ciência pode apenas determinar o que é, não o que deve ser’ (Einstein).

b. As tragédias de Hiroshima e Nagasaki só ocorreram porque a ciência não cumpriu preceito ético de respeito à vida do homem.

c. Foi-se o tempo em que se esperava da ciência e da técnica a solução de todos os problemas humanos, com a superação da ética, da filosofia e da religião.

d. A clonagem não pode ser desenvolvida sem vinculação aos valores axiológicos que constituem direitos subjetivos do cidadão. A aplicação da clonagem para fins industriais está a exigir, imediatamente, atuação do direito público.

e. A tecnologia da computação não pode ser aplicada, invadindo a intimidade do indivíduo, sem o estabelecimento de um código ético para regular a sua expansão.

f. A gravidez pela técnica da proveta há de seguir padrões éticos da comunidade onde ela está sendo praticada.

g. Os transplantes não podem ser feitos sem uma disciplina reguladora da conduta do profissional que os realiza, da família do doador do órgão a ser transplantado e do recebedor.

A ética deve ser vista, ainda, sob o ângulo cósmico. Nos dias de hoje, Habermas<sup>34</sup> define a tarefa da filosofia moral como:

a reconstrução do núcleo universal de nossas instituições morais”. De outra parte, “Como nos lembra o movimento ecológico universal, queiramos ou não, nós fazemos parte do mundo e da sociedade. O que nos impõe a necessidade de respeitar a natureza e o dever ético de conservá-la para as futuras gerações. É a ordem cósmica da natureza a comandar a ordem ética do comportamento humano’ (Montoro). Certo é que nós ‘Somos à força livres’, diz Ortega Y Gasset, a nos advertir que o campo da ética é o campo da liberdade e, acima de tudo, que não somos coisas, somos pessoas.

---

34 HABERMAS, J, **Cambridge Dictionary of Philosophy**. 1929, p. 278-79. [...] is the leading scholar of the second generation of the Frankfurt School, a group of philosophers, cultural critics and social scientists associated with the Institute for Social Research, founded in Frankfurt in 1929. The figures most commonly associated with the school are Horkheimer, Adorno, Marcuse, Fromm and Habermas. Walter Benjamin was also loosely affiliated. The Frankfurt School is best known for its program of developing a “critical theory of society”. “Critical theory is primarily a way of doing philosophy, integrating the normative aspects of philosophical reflection with the explanatory achievements of the social sciences. The ultimate goal of its program is to link theory and practice, to provide insight, and to empower subjects to change their oppressive circumstances and achieve human emancipation, a rational society that satisfies human needs and powers[...] Habermas’ analysis of communication seeks to provide norms for non-dominating relations to others and a broader notion of reason.” [Habermas was a student of Adorno, becoming his assistant in 1956. He first taught philosophy at Heidelberg before becoming a professor of philosophy and sociology at the University of Frankfurt. In 1972, he moved to the Max-Planck Institute in Starnberg, but in the mid-1980s, he returned to his post at Frankfurt].

Outros ângulos clamam pela aplicação da ética. O do amor próprio( ver obra publicada pela Editora Manddori, Madri, 1998, sob o título “*La Ética como amor próprio*”; o da dor (ver “*A Ética da dor*”, Bruno Dias, São Paulo, João Scorecci E., 1991, p. 42.); o da justiça (ler “*Ética de la justicia*”, Ed. Tecnos, Madrid), 1991; o da sexualidade (ver – “*Ética de la sexualidade*”, Ed. Tecnos, Madrid, 1991; o do discurso (ver “*Ética del discurso*”, Jurgen Habermas, Barcelona, 1985;) o da cidadania (“*Ética e cidadania*”, Herbert de Souza e Carla Rodrigues, São Paulo, Moderna, 1994, p. 72.); o da democracia e da economia (ver “*Ética e democrazia econômica*”, Genova, Casa Ed. Marietti, 1991, p.144.); o da imprensa (ler “*Ética e liberdade de imprensa*”, in “*Meios de comunicação e eleições*”, São Paulo, IBEAC, p. 14); o da atividade empresarial(ver “*Ética na atividade empresarial: uma pesquisa*”, São Paulo, Fundação FIDES, p. 24).

O direito busca nos fundamentos da ética suporte para impor regras de conduta. Não deixa de avaliar os fundamentos religiosos que contribuem para a sua imposição. Aceita a visão religiosa do mundo, que concebe Deus como sendo a verdade e ao mesmo tempo beleza e bondade. Sublima Santo Agostinho quando afirmou: “Aquele que conhece Deus conhece a verdade, a beleza e a bondade” (Sto. Agostinho). Não deixa de lado, também, o fundamento antropológico da Ética. Ele aceita o princípio filosófico de que cabe ao homem decidir o Bem e o Mal.

Valoriza Kant (1724-1804) ao defender essa postura, de que as normas éticas devem ser obra da razão humana. Entende o homem como ser livre, porque a vontade não está sujeita às leis físicas da natureza. Faz coro com Marx quando defendeu uma ética fundada no homem (1816).

A ética e os seus fundamentos são preocupações constantes que o Direito Constitucional, especialmente, deve considerar com alto grau de potencialidade. Ele deve transformar os seus princípios em comandos coercitivos, em leis de ordem pública, cuja obediência passa a ser obrigatória. Por essa razão, certo é afirmar que:

Foi dito que o drama da era científica, era da especialização tecnológica, é o esquecimento do ser, ou seja, a perda do costume de contemplar as coisas em sua razão mais funda, metafisicamente, por trás das aparências, por trás da vitrine, por trás da utilidade imediata, para além da institudade do aqui e agora.

Caberá à Filosofia e à Metafísica (para o crente conjuntamente com a Teologia) imporem-se novamente, elaborando e reelaborando a compreensão profunda da existência humana, vi-



são capaz de dar fundamento, motivação, alento e norte às ações do dia.

No romance de Victor Hugo, O Corcunda de Notre Dame, transposto nas telas pela Walt Disney, a jovem cigana Esmeralda resolve a crise: derrota a crueldade do poder eclesiástico-político, resolve o dilema do capitão que se debate entre aliar-se ao poder ou aliar-se ao povo, dá ao corcunda Quasímodo razões de viver maiores que seu defeito físico.

Esta é a metafísica: é a mulher, a contemplação, a ternura que faltam a muitos intelectuais, é o divino, é a Beatriz que salva Dante Alighieri na Divina Comédia, é 'Maria, sua mãe, que guardava todas estas coisas no seu coração' (Lucas 2, 51), é Esmeralda que vê Quasímodo para além do aspecto físico, metafísica, para além da corcunda<sup>35</sup>.

A projeção do Direito Constitucional no século XXI está vinculada, também, a ser adotada ética na política. Atualmente, não se tem um Código de Ética da atividade política.

A Revista italiana *Prospettiva Persona* publicou, anos atrás, um esboço do Código de Ética da Política elaborado pelo Professor Altilio Danese<sup>36</sup> (pgs. 96/98 da obra citada).

A Câmara Federal, após ter por oito anos discutido o seu Código de Ética, não o adota, na prática, em sua totalidade. As exceções não são representativas. Não há esperanças que o faça.

O Senado tem o seu Código de Ética que foi aprovado em 1993. Descreve quais são e como devem ser punidas as condutas que atentam contra o decoro parlamentar ou são incompatíveis com ele.

Com base nele é que, pela primeira vez, um membro pertencente ao Senado sofreu cassação parlamentar. O fato transformou-se em esperança.

O Direito Constitucional há de enfrentar, também, em outras sedes, os grandes desafios éticos atuais:

- a extensão dos conhecimentos técnicos – discussão entre técnica e humano – consenso entre a função da técnica em relação à vida humana, desde a problemática questão da bioética, por exemplo, até à regulamentação da energia nuclear;

- a tirania do produtivismo e da concorrência, em virtude da qual o progresso técnico e econômico deixa de estar a serviço dos humanos;
- a perda do controle sobre os mecanismos sociais, vinculada ao desafio precedente da tirania, mas sob um aspecto específico; universo da comunicação e da mídia, a eutanásia, a energia atômica, etc;
- a exacerbação dos desejos e das necessidades, que se justifica como um fator de crescimento econômico e de desenvolvimento, como estimulante do consumo;
- a intensificação das intolerâncias entre convicções divergentes, resultante do aumento de alternativas e de possibilidades, que traz o risco de alimentar a disputa entre os diferentes pontos de vista, de acordo com a estrutura competitiva do mercado, que vicia o conjunto da vida social e torna o clima social avesso à tolerância<sup>37</sup>.

Outros mais existem ou aparecerão.

## 5 CONCLUSÕES

O Direito Constitucional, numa perspectiva otimista, tende a crescer de importância até chegar ao ponto de realizar os seus objetivos: valorizar integralmente a cidadania e a dignidade humana. Ele, não obstante a sua força reguladora das relações públicas e particulares do ser humano em sociedade, deve passar a adotar comandos de maior força impositiva, de caracteres concretos e moralizadores, em face da forte vinculação, hoje, entre interesses do Estado e do indivíduo.

A ciência jurídica necessita de abrir novos caminhos. A aceitação de uma postura que ela só regula fatos passados, já acontecidos e presentes no ambiente social deve ser examinada com prudência. O momento contemporâneo exige, muitas vezes, que ela se antecipe ao que vai acontecer, em razão da velocidade com que a ciência e novos costumes estão sendo introduzidos na vida do homem.

A crença no direito só pode ser mantida se o próprio direito afirmar as suas regras pela via das instituições que as aplicam. Resultados positivos para o cumprimento dessa missão só podem ser alcançados em um regime democrático que tenha o cidadão como o centro de suas atenções e o Estado como súdito da cida-



dania. Sem o império da liberdade, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e do desenvolvimento dos povos, não haverá democracia. O rótulo que assim denomina o regime político adotado é de nenhuma significação. A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da democracia está na prática de atos administrativos do Estado voltados para o homem, somente para o homem, sem o vício da corrupção e com a consciência de que a guarda do emprego, da saúde, da segurança, da educação e da proteção à infância, à adolescência e à velhice, ao meio ambiente, à seguridade social e à liberdade são valores fundamentais, centrais e preponderantes, pelo que deve ser perseguida acima de qualquer outra opção política.



## A TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE INDUZIDA

*Eduardo Appio\**

### RESUMO

O texto trata da relação existente entre a política e o direito, a partir do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Com esta abordagem, estabelece, inicialmente, que a justificativa política que garante aos juízes declarar a nulidade de uma lei, quando contrária à Constituição, é de natureza diversa da justificativa política para negar a aplicação da lei federal no caso concreto. No primeiro caso, o controle de constitucionalidade se mostra como um instrumento necessário para garantir a supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais. Já no segundo caso, sustento que o juiz pode deixar de aplicar a lei federal, desde que as particularidades do caso concreto o levem a considerar como injusta a solução judicial. Neste último caso, o juiz poderia criar a regra do caso concreto, a partir da aplicação dos princípios constitucionais. Concluo, dizendo que em muitos casos os juízes declaram a inconstitucionalidade de leis perfeitamente compatíveis com a Constituição. Esta declaração de inconstitucionalidade é, portanto, artificial e não pode ser considerada como uma verdadeira “questão constitucional”.

**Palavras-chave:** Estado; Constituição; Poder Judiciário; Controle de Constitucionalidade; Aplicação das leis; Princípios constitucionais; Motivação.

---

\* O autor é juiz federal em Londrina e Doutor em Direito Constitucional pela UFSC.



## ABSTRACT

This text deals with the relationship between the politics and the law, from the approach of constitutionality of Brazilian laws. With this approach, we initially establish that the political justification that guarantees the judges to declare the nullity of a law, when it's against the constitution, is from different nature of the political justification to deny the application of the federal rule in concrete case. In the first case, the control of constitutionality seems to be a necessary tool to guarantee the supremacy of the constitution and the protection of fundamental rights. In the second case, I support that the judge can deny the application of the federal rule, as long as the specific information of the concrete case leads him to consider the judicial solution unfair. In the latter case, the judge could make up the rule of the concrete case, through the application of the constitutional beliefs. I conclude, stating that in many cases the judges declare the unconstitutionality of rules that are perfectly compatible with the Constitution. This declaration of unconstitutionality is therefore, artificial and cannot be considered as a "real constitutional matter".

**Key words:** State; Constitution; Judiciary; Constitutional Control; Law Application; Constitutional Principles; Motivation.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Lei e suas Nulidades. 3 O Plano da Aplicação. 4 Conclusões. Referências.

### 1 Introdução

O Estado contemporâneo pode ser caracterizado pelo marcante papel que as Constituições têm desempenhado na vida de seus cidadãos. A democracia no século XXI já não é mais concebida a partir de um "paradigma liberal", centralizado na lei e nos instrumentos tradicionais de representação popular.

O modelo de democracia concebido pelo movimento iluminista já não representa um marco teórico seguro, uma vez que o Estado contemporâneo tem seu papel definido por princípios constitucionais. Se no modelo liberal, de matriz racionalista, a vontade popular estava erigida à condição de verdadeiro dogma, no modelo contemporâneo de democracia constitucional as decisões judiciais podem

derrogar a vontade política do legislador. Neste novo modelo, os juízes estão investidos na função de assegurar a supremacia de princípios constitucionais abertos, os quais se constituem em uma ponte entre a moral e o direito<sup>1</sup>.

A supremacia do texto constitucional foi considerada requisito indispensável de manutenção de um sistema jurídico a partir da obra de Hans Kelsen. Segundo o autor tcheco, as normas de grau inferior iriam buscar na Constituição seu fundamento de validade, no que convencionou denominar “teoria do escalonamento”. À Constituição compete definir os mecanismos adequados de produção das normas jurídicas, segundo a concepção de Hans Kelsen.

O modelo positivista de produção do direito vigente buscou respostas nas ciências empíricas, ainda no início do século XX - tais como a física e a química - para problemas até então solucionados pela moral e pela religião<sup>2</sup>. A escola do direito positivo teve o mérito de conferir eficácia a normas jurídicas que eram consideradas meros conselhos ao legislador. Até mesmo as normas que tratavam dos direitos fundamentais não eram consideradas antes dos positivistas como impositivas da vontade do Legislativo.

Com a separação absoluta entre direito e moral, o positivismo sustentava a necessidade de amparar a conduta humana regulada pelo Estado em normas plasmadas por uma verdadeira ciência jurídica<sup>3</sup>. A busca da cientificidade implicou a retirada de uma fundamentação ética na aplicação do direito, dado que conduziu os juristas contemporâneos a repulsa da separação entre o direito e a moral.

---

1 Neste sentido, vale o alerta de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho y Moral*. In: GARZÓN VALDÉS, E.; LAPORTA, F. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 1996, p. 397, no sentido de que mesmo os partidários da separação entre o direito e a moral concordam que os sistemas jurídicos são um reflexo mais ou menos fiel das convicções morais dos que detêm o poder político em uma determinada sociedade. A discussão se centra na possibilidade ou impossibilidade de estabelecer uma relação conceitual entre direito e moral.

2 BAPTISTA, O. *Processo e Ideologia*, p. 303, anota que “a redução do Direito ao ‘mundo jurídico’ de tal modo que o ‘jurídico’ isole-se do ‘político’ está centrada neste mesmo objetivo. O Direito, como ciência, deveria ser tratado com a ‘neutralidade’ recomendada para as ciências, sem que os juristas, especialmente o processualistas se pudessem envolver com valores.”

3 Sobre o tema KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. RT: São Paulo, 2002, p. 59 adverte que pretendia conferir autonomia científica ao direito que como a moral é uma ciência do espírito e, por conseguinte, devem ser diferenciados. Também sobre o importante papel do positivismo na Alemanha ver MAUS, I. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento). São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

À superação das concepções positivistas do início do século XX os juristas contemporâneos respondem com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do cidadão, especialmente da dignidade da pessoa humana. O direito passa a ser concebido como uma escala flexível de valores que demandam a intervenção judicial para sua concretização<sup>4</sup>. Nesse sentido, uma Constituição principiológica autoriza a transferência de um imenso poder político, o qual migra do Poder Legislativo para o Judiciário, através do controle judicial da constitucionalidade das leis<sup>5</sup>.

A prerrogativa de derrogar decisões políticas do Legislativo, amparadas numa suposta vontade popular, rende ensejo a decisões contra-majoritárias de juízes não-eleitos pela população. Ao considerar que uma lei é incompatível com a Constituição, qualquer juiz brasileiro pode negar a sua aplicação para o caso concreto que está sendo submetido ao exame. A lei nula não pode ser aplicada e os juízes estão investidos no poder de negar o exercício de decisões que refletem a vontade das majorias. Nesse sentido, menciona-se que a intervenção judicial contra-majoritária representa um paradoxo da democracia, na medida em que juízes não-eleitos fazem prevalecer, hoje, decisões políticas tomadas por gerações passadas<sup>6</sup>.

O presente artigo tem por objetivo desmascarar um sutil processo de construção de um discurso judicial aparentemente fundado na cientificidade e no modelo de subsunção criado pelo positivismo. Esse processo, supostamente forjado na melhor tradição do constitucionalismo contemporâneo, nada tem de positivista. Muito pelo contrário, utiliza-se de uma notável conquista da democracia contemporânea – o controle da constitucionalidade das leis – para negar a aplicação de leis que não são incompatíveis com a Constituição brasileira de 1988. A partir de um poder político outorgado pela Constituição, parcela considerável dos juízes brasileiros têm desrespeitado uma garantia constitucional inscrita no art. 93 da Constituição de 1988. Essa regra impõe aos juízes o dever de motivar todas as suas decisões, pena de nulidade, do que resulta a necessidade de explicitação de todos os argumentos que conduziram o julgador à decisão adotada.

4 Sobre o tema, a obra de ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

5 Escreve sobre o tema no livro **Controle de Constitucionalidade no Brasil, de acordo com a Emenda à Constituição n. 45 de 08.12.2004**. Juruá: Curitiba, 2005.

6 Sobre o tema, duas obras são indispensáveis. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Presentación de Cass Sunstein. Barcelona: Ariel, 1996, menciona de que maneira os juízes têm interferido no modelo de democracia constitucional. Neste mesmo sentido, o importante artigo de PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **Constitucionalismo garantista y democracia**. Curitiba. Revista Crítica Jurídica, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

É importante sustentar, num primeiro momento, que os juízes brasileiros têm o dever de negar a aplicação de lei inconstitucional e que esta imposição deriva da própria supremacia da Constituição. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa política. Num segundo momento, também, é relevante posicionar-se contra a maneira pela qual boa parcela dos juízes brasileiros têm declarado a inconstitucionalidade de leis, com o fito de assegurar sua não-aplicação para o caso concreto, mesmo em casos nos quais consideram esta lei compatível com a Constituição. Esse fenômeno será explicado a partir da confusão gerada pelo tratamento indiscriminado conferido à lei em sua dimensão política, nas hipóteses em que o caso concreto demanda uma resposta correta. Para concluir, mister é sustentar que a lei federal não pode ser aplicada quando o juiz esteja convencido de que sua aplicação, naquele caso concreto, representará verdadeira afronta aos princípios constitucionais prevalentes, mas que este fenômeno não guarda qualquer relação com o ‘controle de constitucionalidade das leis’.

## 2 A lei e suas nulidades

O controle concentrado de constitucionalidade das leis é uma decorrência da adoção, pelo constituinte de 1988, do modelo austríaco, de matriz kelseniana<sup>7</sup>, na medida em que fundado na premissa de que as leis e atos normativos vigentes no país tiram seu fundamento de validade da norma fundamental.

7 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 304-305. “Antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, as cortes austríacas tinham o poder de controlar a constitucionalidade das leis apenas no concernente à sua adequada publicação. Contudo, o poder que tinham de se pronunciar acerca da legalidade e, logo, da constitucionalidade dos decretos, não era restringido. Uma revisão judicial da legislação, portanto, só era possível dentro de limites bastante estreitos, e ampliar esta instituição foi um dos objetivos da reforma constitucional de 1920. Não se considerou desejável garantir a toda corte se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis. O perigo, antes mencionado, da falta de uniformidade em questões constitucionais era grande demais, pois na Áustria, bem como em outros países do continente europeu, as autoridades administrativas não tinham o poder de controlar a constitucionalidade das leis, sendo obrigadas, portanto, a aplicar uma lei mesmo que um tribunal, por exemplo, a Suprema Corte, a tivesse declarado inconstitucional. ...o fato mais importante, porém, é que na Áustria as decisões da Corte ordinária mais alta – Oberster Gerichtshof, concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto, não tinham força obrigatória sobre as cortes inferiores. Estas não estavam proibidas de aplicar uma lei que o Oberster Gerichtshof tivesse previamente declarado inconstitucional e, portanto, deixado de aplicar num caso específico. O próprio Oberster Gerichtshof não estava sujeito à norma do *stare decisis*, de modo que uma lei declarada inconstitucional pela corte num caso específico podia ser declarada constitucional e aplicada noutro por esta mesma corte. Pelas razões expostas, uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da Constituição. A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim chamada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional.”



No caso específico dos atos normativos, quando sob o fundamento de regulamentar texto de lei, o administrador desborda dos limites previsto da lei a ser regulamentada, o caso é de ilegalidade (inconstitucionalidade reflexa), passível de análise na via do controle difuso e não de inconstitucionalidade direta<sup>8</sup>.

À Constituição cabe definir de que modo as demais normas serão produzidas, de forma que da inobservância dessa regra decorrerá a nulidade da lei ou ato normativo (este último, nos casos em que for deferida autorização para que o chefe do Poder Executivo normatize determinado tema sem a necessidade de edição de uma lei pelo Poder Legislativo<sup>9</sup>).

A nulidade é uma sanção decorrente da transposição, por parte do legislador ou do chefe do Poder Executivo<sup>10</sup>, dos limites impostos pelo constituinte<sup>11</sup>. O mesmo sucede com o juiz, o administrador público e o particular, os quais estão limitados pelo conteúdo material da Constituição em suas relações.

A retirada da lei/decreto do sistema normativo se dá, basicamente, de duas maneiras. Na primeira modalidade, (i) o juiz declara a nulidade do texto, determinando, por conseguinte, que a lei anterior seja aplicada. Não se trata de um caso de repristinação, na medida em que a lei incompatível com a Constituição é declarada nula e, por conseguinte, não teria produzido qualquer efeito, especialmente a revogação da lei anterior. Numa segunda modalidade, (ii) o juiz mantém o texto de lei na sua literalidade, mas altera seu alcance através da adjudicação de um novo sentido não previsto pelo legislador, mas que se revela necessário para adequar a

---

8 STF, Pleno, ADI 311 MC / DF -. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento na data de 08-08-1990.

9 O Pleno do STF, em diversas oportunidades, assentou o entendimento de que não cabe a expedição de ato regulamentar no tocante aos direitos de aplicabilidade imediata. Assim ADI 1.946 – DF, relator Ministro Sydney Sanches. Publicado no DJ de 14.09.2001.

10 CLÈVE, C.. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.233, recorda, ao tratar dos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo através de decreto (“art. 84, IV, da CF de 1988 (Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República: IV - V - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”) que “raramente comportam, também, impugnação por via de ação direta de inconstitucionalidade, já que via de regra envolve questão de “ilegalidade” e não de “inconstitucionalidade”. Os regulamentos, todavia, que invadem matéria sob reserva absoluta do legislativo (“reserva qualificada”), estes sim, são impugnáveis, inclusive, pelo controle concentrado, posto envolverem, já, questão constitucional e não meramente legal.”

11 CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Dott. A Milani, 1950. “p. 27 sustenta que “como a lei que é para o juiz que deve aplicá-la uma premissa vinculante de sua vontade jurisdicional, a norma constitucional é para o legislador que deve se inspirar nessa premissa vinculante de sua vontade normativa” tradução livre.

lei editada com a Constituição. Trata-se da “interpretação conforme à Constituição”<sup>12</sup>, expressamente prevista na Lei Federal 9.868 de novembro de 1999, a qual regulou o rito das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Existe, finalmente, uma terceira modalidade de controle, correlata aos casos de omissão do Poder Legislativo, a qual encontra na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção uma resposta adequada por parte do constituinte de 1988. Neste último caso não se trata de retirar do ordenamento uma lei inconstitucional, mas sim, contrariamente, fazer incluir no sistema uma lei/decreto, necessária para a regulação do exercício de um direito fundamental.

Ao atuar em sede de controle da constitucionalidade das leis, o juiz opera no plano político, a partir de considerações de índole geral e objetiva que nada têm a ver com as peculiaridades do caso concreto.

Recorde-se que o Brasil possui um confuso sistema misto, no qual se combinam institutos de controle concentrado (abstrato) da constitucionalidade das leis - tais como as ações diretas de inconstitucionalidade - com mecanismos de controle difuso ou concreto, os quais permitam que o juiz declare (incidentalmente) a inconstitucionalidade de uma lei, sempre que necessário ao adequado exame do caso concreto que lhe é submetido.

Em ambos os casos - controle concentrado e difuso - a atividade judicial é essencialmente a mesma, uma vez que avulta de interesse um escopo político, qual seja o de garantir a supremacia da Constituição através da declaração da nulidade da lei inconstitucional.

Nesse sentido, um juiz que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de uma determinada lei na comarca de Itajaí-SC, com o objetivo de solucionar um caso concreto, está inserido numa dimensão política tanto quanto um Ministro do Supremo Tribunal em seu gabinete em Brasília. Essa constatação é reforçada pela prerrogativa de o juiz de primeiro grau conhecer de ofício da inconstitucionalidade, já que investido no dever de proteção da Constituição.

---

<sup>12</sup> Dissertação de Mestrado sobre este tema, escrita pelo autor do trabalho, a qual acabou sendo publicada. APPIO, Eduardo Fernando. A interpretação conforme à Constituição: Instrumentos de tutela judicial dos direitos fundamentais. Juruá: Curitiba: 2002. Nesta dissertação, chega-se à conclusão de que seria lícito ao juiz da causa atuar, inclusive no primeiro grau, como um “legislador positivo”, atividade que não foi concebida originalmente por Hans Kelsen e que muito embora seja formalmente rejeitada pelo Supremo Tribunal no Brasil, tem sido adotada na prática diária da Corte.

A única diferença entre as duas atividades decorre da consequência jurídica no plano da eficácia da decisão judicial, uma vez que a decisão de um órgão do Supremo Tribunal em sede de controle abstrato tem, como regra geral, efeitos *erga omnes* (contra todos) ao passo que a decisão do juiz de primeiro grau, no controle concreto, tem efeitos *inter partes* (entre as partes). Em ambas as situações, o julgador parte de uma questão que se situa no plano abstrato e objetivo, ou seja, da (im) compatibilidade da lei com a Constituição. Nessa tarefa, terá de verificar se as formalidades para a edição da lei foram observadas pelo Poder Legislativo (compatibilidade formal), bem como se o conteúdo da lei pode ser compatibilizado com a Constituição (compatibilidade material).

É no exame da compatibilidade material da lei com as regras e princípios da Constituição que surgiram as primeiras dificuldades que conduziram os juristas a injustificáveis equívocos. Ocorre que a proteção da supremacia de princípios constitucionais abertos, pouco densificados pelo constituinte - tais como o da isonomia entre os cidadãos - demandava o exame acerca do próprio mérito da opção legislativa. A lei passou a ser examinada através de técnicas que permitiram um aprofundado exame acerca de sua compatibilidade (material) da lei com a Constituição, tais como a proporcionalidade e a razoabilidade da opção legislativa. Na prática, o mérito do ato político passou a ser confrontado a partir da Constituição, do que resultou a substituição da discricionariedade legislativa pela judicial.

Todavia, o controle da constitucionalidade das leis, mesmo quando adote a compatibilidade material como seu critério, não toma em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto. Muito ao contrário, analisa esta questão a partir da adequação, necessidade e razoabilidade da medida legislativa, como uma resposta (genérica e abstrata) a necessidades de natureza coletiva<sup>13</sup>.

O controle da constitucionalidade das leis é, por conseguinte, operacionalizado numa dimensão estritamente política, ou seja, como controle de uma decisão do Parlamento que visava atender, de forma genérica e ampla, uma necessidade coletiva. A conclusão necessária é a de que todo controle de constitucionalidade é abstrato, seja no primeiro grau de jurisdição ou mesmo junto ao Supremo Tribunal Federal. O fato de que a decisão do juiz singular é dotada de uma eficácia “*inter partes*”, enquanto que a decisão do Supremo, em sede de controle abstrato, possui eficácia *erga omnes* em nada desabona esta conclusão.

---

<sup>13</sup> Sabe-se, neste sentido, que a lei editada com efeitos concretos assemelha-se a um ato administrativo, o qual pode ser revisado pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, a obra de CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

Note-se, ainda, que mesmo nos casos em que o Supremo Tribunal, em sede de controle abstrato, utiliza-se da “interpretação conforme”, não está no campo da aplicação da lei, a qual demandaria o exame de uma situação concreta, incompatível com o controle abstrato.

“O controle é sempre abstrato”, mesmo quando utilizado pelo juiz singular no caso concreto, do que se deduz que não existe, no Brasil, controle concreto da constitucionalidade das leis. O juiz singular, ao rejeitar a aplicação de uma lei federal, porque incompatível com a Constituição, não pode considerar as peculiaridades do caso concreto, mas tão somente aferir da compatibilidade no plano político (objetivo), assim como faria seu colega no Supremo Tribunal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Note-se, ainda, que em muitas ações o juiz singular declara (incidentalmente) a nulidade da lei com efeitos *erga omnes*, como, por exemplo, ocorre nas ações coletivas previstas na Lei Federal 7.346/85 (Lei de Ação Civil Pública), quando necessário à solução da lide. À diferença das ações “diretas” de inconstitucionalidade, as ações coletivas não prescindem de uma situação concreta, razão pela qual se fala em controle subjetivo.

A cega reprodução da dogmática tradicional tem levado os juristas brasileiros a considerar que o controle no caso concreto tem uma natureza diversa do controle realizado nas ações diretas de inconstitucionalidade. Bem por isto, os juristas têm dificuldades de compreender as razões que permitem a qualquer juiz singular declarar a nulidade de uma lei com eficácia *erga omnes*, quando esta competência é atribuída com exclusividade ao Supremo Tribunal (art. 102, I, “a”, da CF de 1988)<sup>14</sup>.

É de se afirmar, portanto, que, em ambos os casos, a atividade judicial é essencialmente idêntica, ou seja, ambos realizam um controle em abstrato, para o qual nada contribui o plano da aplicação concreta da lei.

O modelo de controle concreto da constitucionalidade das leis faz parte da tradição brasileira e, somente em 1969, surgiu o controle abstrato no Brasil, seguindo os moldes da construção européia-continental. Contudo não se pode aceitar a adoção do modelo que se constitui na base da prática judicial norte-americana, uma vez que a Suprema Corte dos Estados Unidos é que define onde se encontra uma verdadeira questão constitucional.

---

<sup>14</sup> Essas dificuldades são compartilhadas, por exemplo, por SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

Parte-se, no sistema norte-americano, da aplicação de uma lei para o caso singular, que faz com que uma das partes se insurja contra sua constitucionalidade, do que resulta que a Suprema Corte cria, através da indução, uma regra genérica e abstrata passível de aplicação para os casos futuros. Nesse modelo, incumbe aos juízes definir, no caso concreto, se o precedente firmado pela Suprema Corte pode ser aplicado em um caso futuro. Desse modelo de criação judicial resulta a necessidade de que o caso futuro seja plenamente compatível com o precedente, ou seja, que as circunstâncias de fato sejam idênticas. Essa dificuldade de ordem prática impõe à Suprema Corte dos Estados Unidos uma severa limitação em sua margem de controle, na medida em que casos que se revelem excepcionais, por conta da particular condição das partes litigantes, não podem ser admitidos como um paradigma seguro para se criar uma regra (abstrata e genérica) para o futuro<sup>15</sup>.

No modelo norte-americano, a forma como a lei é aplicada por uma das partes não entra no debate acerca de sua (in) constitucionalidade. O controle é feito no caso concreto, mas a partir de considerações de “ordem abstrata e objetiva”, em face das quais as condições peculiares das partes em nada interferem na decisão judicial. A lei deixará de ser aplicada pelo juiz singular caso se apresente (objetivamente) incompatível com a Constituição. Dessa maneira, invalida-se uma solução legislativa que se mostra objetivamente incompatível com a Constituição, não porque aplicada no caso concreto conduz a uma afronta para com a Constituição, mas sim porque examinada no plano político-abstrato contraria decisões do constituinte.

O controle é, portanto, sempre abstrato, o que muda de um sistema para outro é a forma como a questão chega até a mais alta Corte do país. Prova disso é que o controle (concreto) feito pela Suprema Corte dos Estados Unidos é idêntico ao controle feito pelo juiz singular, mas em ambos os casos a decisão é resultado de uma atividade política, tradicionalmente fundada na idéia de um tratamento isonômico a todos os cidadãos.

Essa questão não está despida de interesse, do ponto de vista prática, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, por parte do juiz singular, permite a interposição do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Está aí um dos grandes temas tratados na reforma do Poder Judiciário, já que o Supremo Tribunal julga milhares de recursos extraordinários todos os meses do ano. Contudo, sustento que ao julgar a maior parte destes recursos extraordinários, a “Corte Constitucional” brasileira está perdendo seu precioso tempo com

---

15 No Brasil ter-se-á o mesmo problema com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes previstas na reforma do Poder Judiciário aprovada pela EC nº 45 de 08.12.2004.

questões que não se encontram na esfera de sua competência. Sustento que um dos principais motivos do insucesso do Poder Judiciário brasileiro deriva do fato de que doutrina brasileira não consegue definir, com a clareza necessária, o que é uma verdadeira “questão constitucional”.

### 3 O plano da aplicação

As considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio, situam-se no **plano da aplicação da lei** e não no plano do controle de constitucionalidade. O plano da aplicação não está situado numa dimensão política, mas sim no plano de uma justificação moral para a solução do caso concreto, que muito se aproxima do conceito aristotélico de equidade<sup>16</sup>. Está, por conseguinte, situado no campo de uma racionalidade prática, para a qual a moral tem uma grande contribuição a prestar, a partir de uma jurisprudência principiológica.

Na definição dos limites da atividade judicial, revela-se importante a distinção estabelecida por Klaus Günther entre os “argumentos de fundamentação e os argumentos de aplicação” numa ética discursiva<sup>17</sup>. Segundo o autor, os argumentos de fundamentação se fundam em critérios universalmente aceitos a partir de uma ótica coletiva-política. Os “argumentos de aplicação”, por sua vez, irão tomar em consideração os dados específicos do caso concreto, do que resulta a necessidade de adequação das normas consideradas válidas às situações contingenciais, tratando-se, por conseguinte, de uma atividade tipicamente judicial.

16 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução de Mário Kury. Brasília: UnB, 1992.

17 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 115.

No plano da aplicação, caso o juiz considere que o resultado prático de sua decisão irá afrontar um princípio constitucional que entende prevalente para aquele caso concreto, deverá rejeitar a aplicação desta lei. Com isto, abre-se a possibilidade de aplicar diretamente o princípio constitucional que reputa prevalente, uma vez que os princípios constitucionais não se constituem em meros mandatos de otimização<sup>18</sup>, mas sim em normas que deontologicamente obrigam uma determinada decisão judicial.

Nesse modelo sustentado, o juiz deveria realizar um duplo teste em cada um de seus julgamentos. Num primeiro momento, confrontar-se-ia a lei, em abstrato, com a Constituição (controle de constitucionalidade). Já num segundo momento, tendo chegado à conclusão de que a única lei aplicável é constitucional, partir-se-ia para um exame no plano da aplicação dessa lei. O resultado da aplicação da lei, por sua vez, seria confrontado com os princípios constitucionais que o juiz reputa prevalentes para aquele caso concreto, a partir de considerações de ordem estritamente subjetiva, ou seja, tomando em consideração apenas a condição das partes envolvidas no litígio.

Esse **duplo teste** permite distinguir, com clareza, o que é uma verdadeira questão constitucional, já que a opção do juiz pela não-aplicação da lei federal conduz à possibilidade de interposição do recurso especial (art. 105 da CF de 1988) e não do recurso extraordinário. No plano da aplicação, não existem várias respostas corretas, mas sim uma única resposta correta, do que resulta que a única lei aplicável para aquele caso deve ser preliminarmente tida como compatível com a Constituição para só então ser aplicada no caso concreto<sup>19</sup>.

---

18 Sobre o tema ALEXYY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89 (tradução livre). Em outra importante passagem de sua obra (p. 86), o autor recorda, ao tratar das diferenças entre regras e princípios, que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são ‘mandatos de otimização’, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio”.

19 Sobre o tema DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. **Tradução Néelson Boeira**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Além de possibilitar a construção de um discurso judicial comprometido com a eficácia dos princípios constitucionais, superando um anêmico discurso da mera subsunção, esta tese permite um maior controle das partes sobre a atividade judicial. A criação da regra para o caso concreto, a partir da aplicação direta de um princípio da Constituição, não guarda qualquer relação com a atividade de controle judicial da constitucionalidade das leis.

No controle de constitucionalidade, a lei declarada inconstitucionalidade é reputada nula e, por conseguinte, impõe ao juiz que aplique a lei anterior<sup>20</sup>.

Na grande maioria dos casos, os juízes brasileiros optam por declarar (incidentalmente) a inconstitucionalidade de uma lei que sabem ser compatível com a Constituição.

Rejeitam, todavia, os resultados práticos que essa lei irá produzir naquele caso concreto, pois a condição pessoal das partes também deve ser examinada, especialmente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>. Ao invés de rejeitar a aplicação da lei (constitucional) naquele caso concreto, optam pela solução mais fácil, qual seja, a da declaração incidental da inconstitucionalidade da lei federal. Com isto, acabam alimentando um sistema irracional que não distingue as questões verdadeiramente constitucionais – que renderiam ensejo à interposição do recurso extraordinário – das demais questões situadas no campo da mera (não) aplicação da lei federal, que possibilita o acesso ao recurso especial perante o STJ (Superior Tribunal de Justiça).

**A negação de aplicação de lei federal não é, portanto,** uma questão constitucional.

Os juízes, portanto, induzem artificialmente um “juízo de inconstitucionalidade”, ao invés de negarem a aplicação da lei federal, porque acostumados a uma lógica que deriva de sua formação positivista (lógica da subsunção automática).

---

20 No controle incidental da constitucionalidade das leis, muitos juízes acabam aplicando diretamente um princípio constitucional, olvidando que a declaração de nulidade (inconstitucionalidade) da lei posterior implica a aplicação da lei anterior, tida como revogada.

21 Sobre o tema, SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.





#### 4 Conclusões

1. O controle de constitucionalidade das leis é sempre abstrato e pode ser levado a efeito na via principal ou incidental. No primeiro caso, a eficácia da decisão é *erga omnes* e no segundo *inter partes*.

2. O controle de constitucionalidade está situado numa dimensão política e coletiva, o da aplicação numa dimensão prática e subjetiva.

3. Ao negar aplicação de uma lei federal, o juiz não está realizando controle de constitucionalidade. Não estando presente uma verdadeira questão constitucional, a parte não poderá levar a causa até o Supremo Tribunal na via do recurso extraordinário.

4. A formação positivista dos juízes brasileiros dificulta a correta identificação dos princípios e objetivos que devem reger sua atividade.



## A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NOS ESTADOS DO MERCOSUL

*Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva\**  
*Maria de Fátima Ribeiro\* \**

### RESUMO

Uma das bases para o estabelecimento de um mercado comum entre parte dos países da América do Sul está pautada na liberdade de circulação, seja de bens, seja de fatores produtivos. Justifica-se, assim, o presente trabalho, que estuda a prestação de serviços nos Estados do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), analisando as principais similitudes e diferenças na legislação de cada Estado-Parte integrante do bloco.

**Palavras-Chave:** Serviços; prestação de serviços; MERCOSUL; Protocolo de Montevideu; livre circulação.

### ABSTRACT

One of the bases for the establishment of a common market between countries from the South America is lined in the liberty of circulation of property or productive factors. The present work, that studies the installment of service in the States of the Common Market of the South (MERCOSUL), analyzing the similitude and differences in the legislation of each member of the economical block.

**Key-Words:** Services; service installment; MERCOSUL; Montevideo Agreement; people mobility.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Liberdade de Circulação e de Estabelecimento. 3 A Prestação de Serviços. 4 A Prestação de Serviços nos Estados do MERCOSUL. 5 A Prestação de Serviços nos Estados Associados do MERCOSUL. 6 A Livre Circulação de Serviços no Protocolo de Montevideu. 7 Conclusões. Referências.

---

\*Professora da UNIFIL – Centro Universitário Filadélfia e da FACCAR – Faculdade Paranaense. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. E-mail: <renataadv@bol.com.br>

\*\* Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP. Professora e Coordenadora do Curso de Mestrado da UNIMAR e do Curso de Direito da FACCAR – Faculdade Paranaense.



## 1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece, em seu Art. 13, o direito de livre locomoção das pessoas, proclamando que “todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. Todo homem tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”.<sup>1</sup>

Isso significa que o homem tem o direito de circular livremente dentro e fora do território do Estado ao qual pertence, dele saindo e podendo retornar, quando e quanto desejar.

Nesse mesmo sentido, o Tratado de Assunção estabelece a liberdade de circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados-Partes do MERCOSUL como fundamento do mercado comum<sup>2</sup>. Além disso, o artigo 1º do Tratado de Assunção estabelece a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes para a implementação da liberdade de circulação e, conseqüentemente, de estabelecimento.

Uma das bases para o estabelecimento de um mercado comum entre parte dos países da América do Sul está pautada na liberdade de circulação, seja de bens, seja de fatores produtivos. Justifica-se, assim, o presente trabalho, que estuda a prestação de serviços nos Estados do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), analisando as principais similitudes e diferenças na legislação de cada Estado-Parte integrante do bloco.

## 2 A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO E DE ESTABELECIMENTO

“A livre circulação de serviços tem, como pressuposto, a livre circulação de pessoas”<sup>3</sup>. É evidente que para que haja a liberdade de prestação de serviços, as pessoas, necessariamente, têm que deter a liberdade de circulação no âmbito dos Estados-Partes do MERCOSUL.

---

1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 09/09/2002.

2 TRATADO DE ASSUNÇÃO. Art. 1º. Disponível em:

<<http://www.mercosur.org.uy/paginabienvendidaportugues.htm>>. Acesso em: 17/07/2002.

3 VIEIRA, D. C. O Exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores.

In: RODRIGUES, H. W. (Org.). **Solução de Controvérsias no Mercosul**, p. 116.

Ao mencionar a liberdade de circulação dos fatores de produção, o Tratado de Assunção estabelece que o homem terá liberdade para deslocar-se intrabloco sem qualquer tipo de restrição, podendo, inclusive, instalar-se em outro país e nele exercer atividade, transferindo seus ganhos para outros países do bloco sem custo adicional<sup>4</sup>.

Contudo, não estabelece normas específicas para a livre circulação de pessoas, bens ou capitais, constituindo-se em uma norma de conteúdo programático, com a finalidade de fornecer bases e princípios para a construção de um mercado comum<sup>5</sup>.

Ao MERCOSUL, que compreende a formação de um Mercado Comum e que requer a livre circulação de todos os fatores de produção, no dizer de Roberto Norris<sup>6</sup>, necessárias são as cinco<sup>7</sup> liberdades básicas para a formação de um mercado comum: a livre circulação de pessoas e serviços, a livre circulação de bens, a livre circulação de capitais, de concorrência e a liberdade de estabelecimento.

Entende-se por liberdade de estabelecimento a eliminação de qualquer discriminação em razão da nacionalidade e que esta deva ser alcançada mediante atendimento ao princípio do equilíbrio econômico entre os Estados-Partes. A liberdade de estabelecimento constitui-se no direito que toda pessoa tem de se estabelecer materialmente em qualquer um dos Estados-Partes do MERCOSUL e desenvolver uma atividade econômica independente e não assalariada por um espaço de tempo indeterminado<sup>8</sup>.

4 LIPOVETZKY, J. C.; LIPOVETZKY, D. A. **MERCOSUL** estratégias pela integração: Mercado Comum do ou Zona de Livre Comércio? Análise e perspectivas do Tratado de Assunção, p. 84.

5 PORTUGAL, H. H. de A. **Atividade Empresarial & Liberdade de Estabelecimento no MERCOSUL**, p. 103.

6 NORRIS, R. **Contratos Coletivos Supranacionais de Trabalho e a Internacionalização das Relações Laborais no MERCOSUL**, p.39.

7 Há autores que ignoram a liberdade de concorrência, defendendo a existência de somente quatro liberdades. A justificativa está no fato de o Tratado de Assunção não estabelecer de forma expressa a liberdade de concorrência, como o faz com as demais liberdades, em seu artigo 1º. Considerando-se o disposto em referido artigo do Tratado, a liberdade de concorrência é decorrência das demais liberdades, pois a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes tem como objetivo assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes. Nesse sentido MORENO, A. S. *Simetrias y asimetrías entre Europa y América Latina en la integración. La cuestión migratoria*. In: CALDANI, M. A. C. **Del MERCOSUR: Aduana, Jurisdicción, Informática y Relaciones Intercomunitarias**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 350; LIÑAN NOGUERAS, D. J. *El Mercado Interior: las cuatro libertades*. In: RINOLDI LADMANN, E. (Coord). **Mercosur y Comunidad Europea**, p. 89-93.

8 Em 25 de julho de 1991, a Corte de Justiça Européia definiu a noção de estabelecimento, conforme o artigo 52 do Tratado de Roma, afirmando que ela comporta o exercício efetivo de uma atividade econômica por meio de uma instalação estável em outro Estado membro por uma duração inderterminada.

Em relação à empresa, liberdade de estabelecimento não é sinônimo de inobservância das normas em vigor no país de estabelecimento. Significa dizer que a empresa oriunda de outro Estado estará sujeita às mesmas regras impostas às empresas nacionais, sendo vedada a prática de condições abusivas<sup>9</sup>.

### 3 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A prestação de serviços, no âmbito internacional, constitui-se no deslocamento de bens, capital, pessoas e informações através das fronteiras de um país, para receber ou oferecer serviços<sup>10</sup>.

Segundo as palavras de Araminta Mercadante<sup>11</sup>, “o comércio internacional de serviços é “o conjunto de atividades econômicas em que há movimento transfronteira de invisíveis ou de pessoas que os executam, sem envolver mercadorias”. Ou seja, deve haver o deslocamento além das fronteiras de um Estado de bens incorpóreos, através ou não de pessoas que os desloque.

A dificuldade de conceituação dos serviços<sup>12</sup> foi superada pela classificação das atividades assim consideradas ou, ainda, pela divisão dos serviços em categorias<sup>13</sup>. Dessa forma, a liberdade de prestação de serviços está intimamente ligada à liberdade de circulação de pessoas, sejam físicas ou jurídicas. Tal liberdade consiste na possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais de um Estado-Parte prestarem seus serviços livremente nos demais Estados, inclusive fixando residência, mediante igualdade de condições com os nacionais.

Há quatro modalidades<sup>14</sup> de prestação de serviços. A denominada de comércio transfronteiriço, ocorre com o fornecimento de um serviço do território de um Estado-Parte ao território de outro Estado-Parte, sem que haja deslocamento

9 TAMAMES, R. *La Unión Europea*. Madrid: Alianza Editorial., p.185.

10 UNCTAD. Informe sobre comércio e desenvolvimento, apud PRONER, C. Comércio de Serviços. In: BARRAL. W. (Org.). **O Brasil e a OMC**, p. 67.

11 MERCADANTE, A. A. Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços: aspectos jurídicos. In: CASELLA, P. B.; MERCADANTE, A. de A. (Coord.); **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil**, p. 419.

12 Note-se que no âmbito da Organização Mundial do Comércio, das normas da União Européia e do MERCOSUL, não há uma definição de serviços, limitando-se tais normas em classificá-los em modalidades.

13 PRONER, C. Comércio de Serviços. In: BARRAL. W. (Org.). **O Brasil e a OMC**, p. 67.

14 *General Agreement on Trade in Service (GATS)*. Art. I-2. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 02/09/2002.

do prestador ou do adquirente. Ou seja, o serviço cruza as fronteiras e não as partes envolvidas<sup>15 16</sup>. Outra forma de prestação de serviços acontece com o deslocamento do cliente adquirente do serviço até o território do Estado-Parte do fornecedor<sup>17</sup>.

A prestação de serviços também pode ocorrer com o deslocamento temporário do prestador de serviços ao território do Estado-Parte do adquirente. Vale salientar que o deslocamento deve ser necessariamente temporário, uma vez que o Anexo do Acordo Geral sobre Serviços (GATS) sobre circulação de pessoas não se refere aos casos de deslocamento permanente de pessoas, sejam físicas ou jurídicas<sup>18</sup>.

Quando acontece o estabelecimento do fornecedor de serviços, oriundo de um Estado-Parte, no território do Estado-Parte do adquirente, através de filiais ou sucursais, também considera-se como modalidade de prestação de serviços<sup>19</sup>.

No âmbito da legislação interna dos Estados-partes do MERCOSUL, a forma de disciplinar a matéria possui peculiaridades. Não há legislação específica sobre o assunto, guardando similitudes umas com as outras.

#### 4 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NOS ESTADOS DO MERCOSUL

A prestação de serviços, em que pese esta disciplina no Código Civil de todos os Estados-partes do MERCOSUL, possui algumas peculiaridades. Na Argentina, a prestação de serviços é tratada pelo Código Civil de 1869 sob a denominação locação de serviços. Os dispositivos relativos ao tema estão no Título Locação, Capítulo VIII, artigos 1623 a 1647 bis. Nesse mesmo capítulo está inserido o tema locação de obras, que no direito brasileiro é conhecido com empreitada, a partir do artigo 1629.

Verifica-se, pelo disposto no Art. 1623 que, para a legislação civil argentina, a locação de serviços constitui-se em um contrato consensual, ainda que o serviço a ser prestado fosse a entrega de uma coisa por uma das partes<sup>20</sup>.

---

15 Os serviços de telecomunicações e de transferências bancárias, entre outros, são exemplos dessa modalidade.

16 HARGAIN, D. Marco Jurídico del Comercio Internacional de Servicios. *Revista de Derecho del Mercosur*, p. 43.

17 Tal como ocorre em viagens turísticas e cursos de línguas no exterior.

18 Como exemplo, citar-se a prestação de serviços por técnicos especializados que prestam assistência técnica a empresas estrangeiras.

19 Exemplo dessa modalidade são os bancos e as empresas seguradoras, que se instalam em vários outros países para prestar serviços aos nacionais destes.

20 CÓDIGO CIVIL DA ARGENTINA, Art. 1623: Art. 1623.- La locación de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las "Obligaciones de hacer".

Ainda, segundo referido artigo, a locação de serviços tem lugar quando uma das partes se obriga a prestar um serviço e a outra parte obriga-se a pagar por esse serviço certa quantia em dinheiro.

Sempre que alguém prestar um serviço a outrem, que decorra de sua profissão ou modo de viver, poderá solicitar o valor correspondente, mesmo que não tenha havido um prévio ajuste. Nesse caso, o preço será determinado por arbitramento. É o que se extrai do disposto no Art. 1627<sup>21</sup> do Código Civil Argentino.

Uma peculiaridade em referida legislação é o que está disposto no Art. 1626<sup>22</sup> que não permite ao tomador dos serviços a reclamação pelo serviço, tampouco de exigir a devolução do valor pago, caso sejam realizados serviços impossíveis, ilícitos ou imorais. Isso porque se conclui a possibilidade de contratação de um serviço impossível, ilícito e imoral.

O Código Civil Brasileiro<sup>23</sup> estabelece no Título VI, Das Várias Espécies de Contrato, Capítulo VII, intitulado Da Prestação de Serviços, que a prestação de serviços, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial, será regida pelas disposições da lei civil.

No Código Civil Brasileiro de 1916, assim como nos demais Estados-partes do MERCOSUL, à exceção do Paraguai, os contratos de prestação de serviços eram chamados de Locação de Serviços, denominação considerada equivocada por Jorge Lages Salomo<sup>24</sup>, haja vista que na locação o bem locado retorna ao seu dono, enquanto que, na prestação de serviços, o serviço prestado não é passível de devolução.

Além disso, essa denominação para Pontes de Miranda<sup>25</sup> e Clóvis Bevilacqua<sup>26</sup>, tem origem no trabalho escravo, pois tanto em Roma como na Grécia, o serviço braçal e rudimentar era considerado humilhante e desonroso, fazendo do escravo uma mercadoria, passível de aluguel, compra e transporte. Os serviços braçais prestados por homens livres também eram equiparados aos prestados pelos escravos, ou seja, eram considerados mercadorias.

---

21 CÓDIGO CIVIL DA REPÚBLICA ARGENTINA, Art.1627: El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros.

22 CÓDIGO CIVIL DA REPÚBLICA ARGENTINA, Art.1626: Si la locación tuviese por objeto prestaciones de servicios imposibles, ilícitos o inmorales, aquel a quien tales servicios fuesen prestados, no tendrá derecho para demandar a la otra parte por la prestación de esos servicios, ni para exigir la restitución del precio que hubiese pagado.

23 Lei n.º 10.406, de 10/01/02, publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002.

24 SALOMO, J. L. **Aspectos dos Contratos de Prestação de Serviços**, p. 1.

25 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**, p. 7.

26 BEVILÁQUA, C. **Teoria das Obrigações**, p. 342.

Até o surgimento da legislação trabalhista, as disposições do Código Civil também regulavam as atividades de trabalhadores assalariados. Contudo, o conceito de prestação de serviços deve estar desvinculado das atividades realizadas mediante subordinação hierárquica e dotadas do caráter de continuidade<sup>27</sup>.

No âmbito do Direito Civil, a prestação de serviços constitui-se na realização de uma atividade com liberdade técnica, sem traço de subordinação hierárquica e de maneira eventual, melhor dizendo, que não seja constantemente necessária e que não seja habitualmente prestada para o mesmo contratante<sup>28</sup>.

O Código Civil Brasileiro em vigor, assim como o anterior, define a prestação de serviços como sendo toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial<sup>29</sup>, ao contrário da legislação argentina. Sendo assim, o tema é vasto, não se limitando à locação e à empreitada, como a legislação o tratava<sup>30</sup>.

A inovação da legislação brasileira está no fato da legislação admitir a forma de arbitramento como solução de eventuais controvérsias sobre o preço ajustado. A solução seria apresentada por árbitros escolhidos pelas partes e sem a participação do Poder Judiciário<sup>31</sup>. É feita uma avaliação com base nos fatos e circunstâncias aplicáveis ao caso em análise.

A crítica que se faz quanto à matéria disciplinada pelo Novo Código é quanto à utilização equivocada de expressões como “salário e despedida sem justa causa”<sup>32</sup>, próprias do Direito do Trabalho.

Conforme dito, a prestação de serviços que não for regulada pela legislação trabalhista, ou seja, aquela que for desenvolvida sem vínculo empregatício, será regida pela legislação civil. Por esse motivo, o uso de expressões próprias da legislação trabalhista pode gerar dúvidas ao intérprete da lei.

O ideal seria a substituição da expressão salário por preço ou retribuição, assim como a expressão justa causa poderia ser substituída por denúncia imotivada<sup>33</sup>. Outra novidade está por conta do artigo 606 do Código Civil Brasileiro, que prevê a necessidade de remunerar o prestador de serviço, ainda que esse

---

27 Segundo o Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

28 SALOMO, J. L. **Aspectos dos Contratos de Prestação de Serviços**, p. 5.

29 NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (Lei n.º 10.406, de 10/01/02), p. 1145.

30 ALVES, J. F. In: FIUZA, R. (Coord.). NOVO CÓDIGO CIVIL COMENTADO, p. 531.

31 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulo Jurídico**.

32 Nesse sentido, ver artigos 599, 602 e 603 do Código Civil.

33 SALOMO, J. L. **Contratos de Prestação de Serviços**: manual prático e teórico, p. 26.



não possua a habilitação técnica correspondente, caso ele tenha agido de boa-fé em benefício da outra parte<sup>34</sup>. Dessa forma, remunera-se o serviço prestado, sem que haja vantagem ao prestador, coibindo, ao mesmo tempo, o exercício ilegal de uma atividade.

A interpretação literal do artigo 605 do Código Civil transmite o entendimento de que as normas estabelecidas pela legislação brasileira aplicam-se somente às pessoas físicas, dado o caráter personalíssimo do contrato<sup>35</sup>. Ao contrário, assegura-se que a parte contratante, seja pessoa física ou jurídica, será a responsável pela execução do contrato, até porque a legislação não restringe a prestação de serviços por pessoa jurídica.

O Código Civil do Paraguai regula o contrato de serviços a partir do Art. 845. Constitui-se em um Código avançado se comparado aos demais Códigos dos Estados do MERCOSUL, posto que o contrato de serviços está inserido em tópico distinto da locação e da empreitada, nos mesmos moldes da legislação civil brasileira.

O caráter personalíssimo da obrigação é identificado no Art. 846<sup>36</sup>. Referido artigo obriga o prestador de serviços a prestá-lo pessoalmente, salvo disposição em contrário. Ou seja, salvo se o tomador do serviço concordar.

Um outro dispositivo que merece atenção é o Art. 850<sup>37</sup>, que dispensa a denúncia do contrato de prestação de serviços, quando o contrato for assinado por prazo determinado ou quando sua duração resultar da finalidade pela qual o serviço foi proposto. Referido dispositivo aceita exceção, ou seja, permite que as partes estabeleçam regras em sentido contrário. Caso não haja prazo estipulado no contrato, é permitido às partes rescindi-lo, mediante aviso à outra parte, com antecedência mínima de trinta dias.

Merece destaque a expressão denúncia, utilizada nesse artigo para indicar a rescisão do contrato, tal como mencionado quando do estudo da legislação civil brasileira<sup>38</sup>.

---

34 PEDUZZI, M. C. I. A prestação de serviços. In: FRANCIULLI NETTO, D.; MENDES, G. F.; MARTINS

FILHO, I. G. da. **O Novo Código Civil**: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale, p.559.

35 PEDUZZI, M. C. I. A prestação de serviços. In: FRANCIULLI NETTO, D.; MENDES, G. F.; MARTINS

FILHO, I. G. da. **O Novo Código Civil**: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale.

36 CÓDIGO CIVIL PARAGUAIO. Art. 846: *El obligado a la prestación de un servicio debe ejecutarlo personalmente y esta prestación es incesible, salvo convención en contrario.*

37 Id. Art.850: *Salvo convención en contrario, el contrato de servicios hecho por un plazo determinado, o cuya duración resulta del fin para el cual el servicio fue prometido, termina a la expiración del plazo previsto, sin que sea menester su denuncia. Si no se hubiere fijado plazo, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando aviso a la otra por lo menos con treinta días de anticipación.*

38 SALOMO, J. L. Aspectos dos contratos de prestação de serviços.

A legislação civil uruguaia dispõe sobre a locação de serviços segundo no Capítulo II, Do Arrendamento de Obras, inserido no Título IV, do Arrendamento, por sua vez integrante da Segunda Parte do Livro Quarto, intitulado Das Obrigações.

De maneira específica, somente os artigos 1831 a 1839 tratam do tema locação de serviços. Os demais artigos tratam da locação de obra que, conforme dito, corresponde ao contrato de empreitada brasileiro. Salienta-se que o Art. 1855 prevê que os serviços relativos a transportes de pessoas ou coisas serão regulados pela legislação comercial.

Segundo o Código, dá-se o arrendamento de obras quando uma das partes prestar serviços à outra mediante um preço em dinheiro<sup>39</sup>. Esse dispositivo encontra semelhança com o disposto na legislação argentina e paraguaia, conforme citado nos itens anteriores.

Semelhante ao direito brasileiro, o artigo 1833 possibilita a contratação, através dessa modalidade de contrato, de toda espécie de serviço ou trabalho, material ou imaterial, mecânico ou liberal, ainda que o valor pago por ele tenha o nome de honorários ou direitos<sup>40</sup>. Salienta-se ainda que esse artigo se aplica também aos serviços de advogados ou procuradores quando esses atuarem sem autorização das partes.

Prova da influência do direito argentino, o artigo 1834<sup>41</sup> da legislação uruguaia é muito semelhante ao disposto nos artigos 1627 e 1628 daquela lei civil. Dispõe que quando alguém prestar um serviço a outrem, em consequência de sua profissão ou modo de viver, poderá cobrar o respectivo valor, mesmo sem prévio ajuste. A determinação do valor, como no direito argentino, ocorrerá por arbitramento.

39 CÓDIGO CIVIL URUGUAYO. Art. 1831: *Habrá arrendamiento de obras cuando una de las partes se hubiere obligado a prestar un servicio y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero.*

40 Salvo se o contrato for de representação ou mandato. CÓDIGO CIVIL DO URUGUAY. Art. 1833. *Toda especie de servicio o trabajo material o inmaterial, mecánico o liberal puede ser objeto de este contrato Aunque la retribución del servicio o trabajo tenga el nombre de honorarios o derechos, el contrato será arrendamiento de obras y no mandato, si no colocare a quien presta el servicio, respecto de tercero, como representante o mandatario de la persona a quien se hace el servicio. En la disposición de este artículo están comprendidos los servicios profesionales de los abogados y aun de los procuradores, cuando funcionaren sin poder de las partes.*

41 CÓDIGO CIVIL DO URUGUAY. Art. 1834: *El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio, aunque ningún precio o retribución se hubiese ajustado, siempre que el tal servicio o trabajo fuese de su profesión o modo de vivir honesto. En este caso se presumirá que los interesados ajustaron el precio de costumbre para ser determinado judicialmente, si hubiere duda. Si el servicio o trabajo, aunque honesto, no fuere relativo a la profesión o modo de vivir del que lo hizo, solo tendrá lugar lo dispuesto en el inciso anterior cuando, por las circunstancias, no se presumiere la intención de beneficiar a la persona a quien el servicio se hacía. Esta intención se presume si el servicio no fue solicitado o si el que lo prestó habitaba en casa de la otra parte. En los casos de este artículo, si ha habido ajuste sobre el precio o retribución, lo pactado se cumplirá, siendo entre personas capaces y no probándose que intervino fuerza, error, dolo o fraude.*

## 5 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NOS ESTADOS ASSOCIADOS DO MERCOSUL

É importante analisar a legislação dos Estados Associados ao MERCOSUL no que tange à prestação de serviços. Esses Estados, em que pese não terem aderido integralmente ao MERCOSUL, fazem parte de alguns acordos comerciais. É uma adesão gradativa, que pode ou não ser implementada.

Para a implementação do comércio regional entre esses países, especialmente o de serviços, é essencial conhecer a forma com que a matéria é disciplinada no âmbito interno, como maneira de prever e evitar os possíveis conflitos existentes.

O Chile faz parte do Mercado Comum do Sul como Estado Associado. A legislação chilena sobre a prestação de serviços também está disciplinada no Código Civil, nos artigos 1915 e seguintes. Contrariando a tendência mundial de respeito à dignidade da pessoa humana, o Código Civil do Chile prevê o contrato de arrendamento de empregados domésticos. Isso porque somente as coisas são consideradas objeto de locação<sup>42</sup>. Quanto às pessoas, seus serviços é que podem ser objeto de locação, e não elas próprias. Da mesma forma que o Chile, a Bolívia faz parte do MERCOSUL como Estado Associado.

O tema prestação de serviços está regulado pelo Código Civil, artigos 685 a 749 do Terceiro Livro, intitulado Das Obrigações, Título II, Dos contratos em particular. Ao contrário dos demais Estados vistos anteriormente, o contrato de prestação de serviços é um contrato de obra, onde o contratante assume a responsabilidade pela realização de um trabalho prometido em troca de retribuição<sup>43</sup>, sendo que o objeto desse contrato pode ser a prestação de um serviço.

Em 25/08/2003, o Peru assinou um acordo de livre comércio com o MERCOSUL. A consequência desse acordo é a participação do Peru, a exemplo do Chile e da Bolívia, como Estado Associado do Mercado Comum do Sul e faz parte da estratégia de priorizar a integração da América do Sul.

Nesse acordo, está prevista uma série de particularidades, diante da fragilidade da economia peruana, como a abertura gradativa do mercado, bem como o acesso rápido dos produtos peruanos aos mercados brasileiros e argentinos. Com relação ao prazo para acesso aos mercados bolivianos e paraguaios, esse será mais longo e gradativo. Serão permitidas salvaguardas aos produtos do Peru na área agrícola, caso necessárias para proteger o mercado nacional.

42 LOPEZ, T. A. Da prestação de serviço. In: AZEVEDO, A. J. de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial: das várias espécies de contrato, p. 189.

43 CÓDIGO CIVIL DA BOLÍVIA. Art. 732.- (NOCION). I. *Por el contrato de obra el empresario o contratista asume, por si solo o bajo su dirección e independientemente, la realización del trabajo prometido a cambio de una retribución convenida.* II. *El objeto de este contrato puede ser la reparación o transformación de una cosa, cualquier otro resultado de trabajo o la prestación de servicios.*

Por enquanto, as relações comerciais concentram-se no comércio de bens. Contudo, um dos assuntos em discussão, na reunião ministerial por ocasião da assinatura do acordo, foi a construção de rodovias e aproveitamento de hidrovias para permitir o escoamento da produção agrícola e industrial brasileira, principalmente da região amazônica, através da construção e concessão de 960 quilômetros de rodovias por 25 anos.

Seguindo a tendência dos demais países do Cone Sul, o Peru também tem suas normas sobre prestação de serviços reguladas pelo Código Civil. A denominação utilizada é a da locação de serviços, nos mesmos moldes da legislação argentina e uruguaia.

A semelhança que guarda com a legislação brasileira é a do pagamento acontecer somente com o término do serviço, salvo por acordo entre as partes. Além disso, também estabelece, como no Código Civil Brasileiro, a prestação de serviços materiais e imateriais, sem subordinação<sup>44</sup>. No que diz respeito à rescisão, limita-se em prevê-la somente em caso de morte do prestador, sendo que o prazo máximo do contrato é de seis anos.

## 6 A LIVRE CIRCULAÇÃO DE SERVIÇOS NO PROTOCOLO DE MONTEVIDÉU

Conforme dito, o artigo 1º do Tratado de Assunção dispõe que o MERCOSUL implica, dentre outros compromissos, na livre circulação de serviços entre os países que o integram.

Para tanto, o Conselho do Mercado Comum, diante da necessidade de estabelecer princípios e disciplinas para promover o livre comércio de serviços entre os países integrantes do MERCOSUL, aprovou, por meio da Decisão 13/1997, o Protocolo de Montevideú<sup>45</sup> sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL.

Esse Protocolo contribuiu para diminuir as assimetrias, aproximando as legislações dos Estados-Partes em matéria de prestação de serviços. O objetivo é estabelecer o equilíbrio entre os Estados-Partes para que a integração não aconteça com a prevalência de um ou mais Estados em detrimento de um ou de outros.

---

44 CÓDIGO CIVIL DO PERU, *Artículo 1764. Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Artículo 1765.- Pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales.*

45 Ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro através do Decreto Legislativo 335, de 24/07/2003, publicado no DOU em 25/07/2003. Contudo, para que seja incorporado ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, é necessário que ele esteja vigorando entre os países do MERCOSUL. Até agora, somente a Argentina o ratificou, não sendo possível prever quando o processo estará concluído.

Esse equilíbrio é alcançado através de programas de eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias, garantindo condições apropriadas de concorrência de produtos e serviços entre os países. Oferece, também, garantias compensatórias aos Estados-Partes, defendendo a integridade do bloco econômico<sup>46</sup>.

O Protocolo de Montevideu sobre Comércio de Serviços, assinado em 15 de dezembro de 1997, tem por finalidade eliminar as restrições ao livre trânsito de serviços dos países do MERCOSUL, que também são membros da Organização Mundial do Comércio (OMC). É baseado nas normas do *General Agreement on Trade in Service* (GATS), sendo que, para Daniel Hargain<sup>47</sup>, nada mais é do que uma cópia do Acordo Geral sobre Serviços. Tendo em vista a ausência de um sistema positivado de prevalência supranacional, coube-lhe o papel de traçar regras que possibilitem e regulamentem tal atividade.

Uma crítica que se pode tecer ao Protocolo de Montevideu direciona-se exatamente quanto à definição dos serviços que tenta regular. Em seu artigo II, item 2, preceitua que:

Para fins do presente Protocolo, o comércio de serviços é definido como: a) do território de um Estado Parte ao território de qualquer outro Estado Parte; b) no território de um Estado Parte a um consumidor de serviços de qualquer outro Estado Parte; c) por um prestador de serviços de um Estado Parte mediante a presença comercial no território de qualquer outro Estado Parte; d) por um prestador de serviços de um Estado Parte mediante presença de pessoas físicas de um Estado Parte no território de qualquer outro Estado Parte<sup>48</sup>.

Dessa forma, são estabelecidas as quatro modalidades de prestação de serviços. Seguindo o modelo do GATS, o Protocolo de Montevideu estabelece, como forma de comércio de serviços, aquele prestado do território de um Estado-Parte ao território de qualquer outro Estado-Parte, também conhecido como comércio transfronteiriço, onde não há o deslocamento de qualquer das partes envolvidas na transação.

46 REVISTA DO MERCOSUL apud PORTUGAL, H. H. de A. **Atividade Empresarial & Liberdade de Estabelecimento no MERCOSUL**, p. 108.

47 HARGAIN, D. Marco Jurídico del Comercio Internacional de Servicios. *Revista de Derecho del Mercosur*, p. 57.

48 PROTOCOLO DE MONTEVIDÉU. Art. II. Disponível em: <[www.mre.gov.br](http://www.mre.gov.br)>. Acesso em: 22/05/2001.

A prestação de serviços no território de um Estado-Parte ao consumidor de serviços de outro Estado-Parte, ou seja, com o deslocamento do adquirente e não do prestador do serviço também é modalidade prevista.

O Protocolo de Montevideu estabelece ainda a prestação de serviços de um Estado-Parte mediante a presença comercial no território de outro Estado-Parte. Essa presença comercial pode acontecer através de pessoas jurídicas constituídas no território do outro Estado-Parte.

Finalmente, a prestação de serviço que acontece através da presença de pessoas físicas oriundas de um Estado-Parte, prestando serviços no território de outro Estado-Parte, também é modalidade indicada pelo Protocolo de Montevideu.

Desse modo, é notória a influência do GATS nas normas estabelecidas pelo Protocolo de Montevideu. Aliás, segundo Daniel Hargain, não poderia ser de outra maneira, já que os quatro Estados-Partes do MERCOSUL são também membros da OMC<sup>49</sup>. O predomínio das normas do GATS foi inevitável na confecção das normas mercosulinas.

Em contrapartida, o Protocolo de Montevideu apresenta algumas inovações em relação ao GATS, demonstrando a evolução das normas e discussões, visando ao implemento do processo de integração.

A primeira delas está por conta do Art. III<sup>50</sup>, onde a Cláusula da Nação mais Favorecida é admitida sem restrições, ou seja, os Estados-Partes devem oferecer aos serviços e aos prestadores de serviços de qualquer outro Estado-Parte um tratamento não menos favorável do que aquele que oferece aos serviços similares e aos prestadores de serviços similares de qualquer outro Estado-Parte ou de terceiros países.

---

49 HARGAIN, D. M. *Jurídico del Comercio Internacional de Servicios*. In: *Revista de Derecho del MERCOSUR*, p. 56-7.

50 PROTOCOLO DE MONTEVIDÉU. Artigo III. Tratamento da nação mais favorecida. 1- Com respeito às medidas compreendidas pelo presente Protocolo, cada Estado Parte outorgará imediata e incondicionalmente aos serviços e aos prestadores de serviços de qualquer outro Estado Parte um tratamento não menos favorável do que aquele que conceda aos serviços similares e aos prestadores de serviços similares de qualquer outro Estado Parte ou de terceiros países. 2- As disposições do presente Protocolo não serão interpretadas de forma a impedir que um Estado Parte outorgue ou conceda vantagens a países limítrofes, sejam ou não Estados Partes, com o fim de facilitar intercâmbios limitados às zonas fronteiriças contíguas, de serviços que sejam produzidos e consumidos localmente. Disponível em: <[www.mre.gov.br](http://www.mre.gov.br)>. Acesso em: 22/05/2001.

Em princípio, não se vislumbra a importância dessa cláusula, aplicável de maneira irrestrita. Contudo, para alguns setores de serviços, especialmente aqueles que dependem de outros serviços para o exercício regular de suas atividades, a inexistência de listas de exceções permite a concorrência entre prestadores de serviços nacionais e não-nacionais em igualdade de condições.

Outra inovação é a prevista no Art. XX<sup>51</sup> que estabelece, de forma mais flexível, as hipóteses de suspensão e modificação dos compromissos específicos (basta notificar o Grupo Mercado Comum). Assim, caso um dos Estados-Partes queira suspender, paralisando temporariamente, ou modificar, alterando a forma e conteúdo, um ou mais compromissos específicos, basta que ele exponha e justifique as razões ao Grupo Mercado Comum.

Por outro lado, essa norma enseja o descumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes, que podem se utilizar dessa benesse sem real necessidade.

Finalmente, o Art. XIX<sup>52</sup> prevê rodadas anuais de negociação, com a finalidade de, no máximo em dez anos, estar completo o Programa de Liberalização do Comércio de Serviços do MERCOSUL. Nesse aspecto, a inovação está na previsão de rodadas anuais de negociação, demonstração do grande interesse dos Estados-Partes em ver consolidada a livre circulação de serviços, etapa de suma importância para o mercado comum.

---

51 PROTOCOLO DE MONTEVIDÉU. Artigo XX 1. *Cada Estado Parte podrá, durante la implementación del Programa de Liberalización a que se refiere la Parte III del presente Protocolo, modificar o suspender compromisos específicos incluidos en su Lista de compromisos específicos. Esta modificación o suspensión será aplicable sólo a partir de la fecha en que sea establecida y respetando el principio de no retroactividad para preservar los derechos adquiridos.* 2. *Cada Estado Parte recurrirá al presente régimen sólo en casos excepcionales, a condición de que cuando lo haga, notifique al Grupo Mercado Común y exponga ante el mismo los hechos, las razones y las justificaciones para tal modificación o suspensión de compromisos. En tales casos, el Estado Parte en cuestión celebrará consultas con el o los Estados Partes que se consideren afectados, para alcanzar un entendimiento consensuado sobre la medida específica a ser aplicada y el plazo en que tendrá vigencia.* Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: 22/05/2001

52 Id. Artigo XIX. 1. En cumplimiento de los objetivos del presente Protocolo, los Estados Partes mantendrán sucesivas rondas de negociaciones a efectos de completar en un plazo máximo de diez años, contados a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo, el Programa de Liberalización del comercio de servicios del MERCOSUR. Las rondas de negociaciones se llevarán a cabo anualmente y tendrán como objetivo principal la incorporación progresiva de sectores, subsectores, actividades y modos de prestación de servicios al Programa de Liberalización del Protocolo, así como la reducción o la eliminación de los efectos desfavorables de las medidas sobre el comercio de servicios, como forma de asegurar el acceso efectivo a los mercados. Este proceso tendrá por fin promover los intereses de todos los participantes, sobre la base de ventajas mutuas, y conseguir un equilibrio global de derechos y obligaciones. Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: 22/05/2001.



É de se destacar, dentre as várias diretrizes que traça em relação aos serviços e aos profissionais prestadores de serviços no âmbito do MERCOSUL, o tratamento não menos favorável do que aquele outorgado aos serviços e aos prestadores de serviços nacionais. Portanto, segundo as palavras de Robson Zanetti<sup>53</sup>, o tratamento dispensado aos não-nacionais, deve ser, *no mínimo, igual* ao tratamento dispensado aos nacionais. Isto porque essa igualdade de condições possibilita uma lealdade na concorrência para o exercício das atividades, seja pelos nacionais, seja pelos não nacionais de um Estado-Parte, garantindo a liberalização do comércio de serviços, etapa de suma importância para o alcance do mercado comum.

Esse tratamento nacional, disposto no artigo 5º, § 1º do Protocolo de Montevideu, estabelece a igualdade de direitos e obrigações entre os livre prestadores de serviços de um Estado-Parte, conferindo-lhes o acesso às atividades econômicas e o seu pleno exercício. Contudo, a aplicação do tratamento nacional não tem sido suficiente para a plena implementação da liberdade de prestação de serviços, pois os Estados-Partes podem exigir de uma pessoa oriunda de outro Estado-Parte o cumprimento de certos requisitos para o exercício de uma atividade.

Integra igualmente o Protocolo uma lista de compromissos específicos através da qual cada Estado-Parte especificará os setores, os subsetores e as atividades aos quais explicitará termos, limitações e condições em matéria de acesso aos mercados e tratamento nacional.

Alguns setores necessitam de uma maior regulamentação, não podendo ser implementada a liberalização sem que sejam tomadas algumas cautelas, como forma de garantir a segurança nacional<sup>54</sup>.

O Protocolo visa, portanto, a exteriorização de um cenário interno relativo a cada Estado-Parte, o qual permita que se abrigue, em condições de igualdade nacional, serviços e prestadores de serviços originários dos demais Estados integrantes do bloco. Contudo, o que se constata é que os Estados Partes não gozam de uma situação confortável no que se refere à organização da prestação de serviços pelos nacionais em seu âmbito interno.

---

53 ZANETTI, R. **O tratamento nacional entre os prestadores de serviços no MERCOSUL.** Disponível em: <<http://www.lazaro.guimaraes.nom.br/tratnac.htm>>. Acesso em: 22/05/2001.

54 Pode-se citar como exemplos os setores de serviços financeiros, serviços de transportes terrestres e aquáticos e serviços de transportes aéreos.



Havendo instabilidade no que se refere à prestação de serviços internamente, a implementação de um sistema que permita a efetiva circulação de serviços vê-se prejudicada. Impossível deferir-se tratamento não menos favorável ao estrangeiro, na medida em que o nacional não tem muito bem equacionado esse tratamento. Assim, como em vários outros aspectos, a adoção de uma normatividade supranacional mostra-se como alternativa bem-sucedida na implementação da livre circulação de serviços no MERCOSUL.

## 7 CONCLUSÕES

Independentemente das questões jurídicas acerca do tema prestação de serviços, para o Brasil, onde os serviços representam 57% do produto interno bruto (PIB), a liberalização dos mercados mundiais significa o desenvolvimento das exportações brasileiras, que no ano de 1992 representavam 10% do total<sup>55</sup>.

A liberalização do comércio de serviços, desde que o país esteja atento à concorrência estrangeira, conseqüência natural da abertura de mercados, trará inúmeros benefícios na balança comercial brasileira. Estima-se que de 20 a 30% das riquezas do mundo circulam através dos serviços, sem considerar os serviços agregados ao comércio de bens.

Como forma de garantir direitos e deveres aos prestadores de serviços oriundos de outros Estados integrantes do bloco, os países do MERCOSUL devem estabelecer regras sociais mínimas. A proteção de direito reservado exclusivamente ao nacional contraria os princípios e objetivos do processo de integração do MERCOSUL.

Tendo em vista a infinidade de relações negociais que advêm do comércio de serviços, tem-se que o Protocolo de Montevideu se constitui em norma que generaliza o instituto, sem definir, com precisão, suas particularidades, como, por exemplo, a definição de serviços, a questão do reconhecimento de diplomas e, principalmente, a questão da proteção do prestador de serviço que estiver fora de seu Estado-Parte. Ou seja, qual é a segurança jurídica, considerando a proteção trabalhista e previdenciária, que o Estado-Parte oferece ao estrangeiro que estiver prestando serviços dentro do seu território? Qual a proteção legal que esse prestador de serviço oriundo de outro Estado-Parte terá em caso de acidente? E quanto ao aspecto da responsabilidade civil? São esses questionamentos a que o Protocolo não responde.

---

55 MERCADANTE, A. A. Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços: aspectos jurídicos. In: CASELLA, P. B.; MERCADANTE, A. de A. (Coord.). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil**, p. 413.

Tais questionamentos deverão ser respondidos com a harmonização das legislações pertinentes dos Estados-partes integrantes do bloco. Contudo, os esforços nesse sentido têm-se mostrado escassos, haja vista que, após quase sete anos da aprovação do Protocolo pela Decisão 13/1997 do Conselho Mercado Comum, os Estados-partes sequer tomaram as medidas necessárias para a entrada em vigor do Protocolo. Conforme dito, o Protocolo de Montevideú foi ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro, bem como pelo governo argentino. Os demais Estados-partes do MERCOSUL ainda não o fizeram, sendo que o Protocolo só entrará em vigor com a ratificação por todos os integrantes do bloco

É importante salientar que o Protocolo de Montevideú se constitui em um instrumento necessário para aproximar as legislações dos Estados-Partes, aumentando as convergências e permitindo o alcance do seu objetivo principal, que é a implementação do comércio de serviços entre os integrantes do bloco.

O Protocolo obtém êxito ao traçar uma agenda de negociação de compromissos específicos, estes regulados no artigo XIX, num prazo máximo de dez anos, para que o processo de liberalização progressiva seja implementado.

É imprescindível que os Estados se organizem e equacionem a questão em seu âmbito interno, fato este do qual se parece estar um tanto distante, embora haja um explícito compromisso no sentido de se harmonizarem as respectivas legislações.

Não se pode considerar desenvolvimento econômico e comercial, tampouco integração, sem se atentar para a importância do comércio de serviços. Daí a preocupação da OMC e dos blocos econômicos com a regulamentação desse tipo de atividade comercial e da liberdade de estabelecimento.

## REFERÊNCIAS

ALVES, J. F. In: FIUZA, R. (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 1. ed. 8. tir. São Paulo: Saraiva. 2002.

ARGENTINA. *Código Civil De La Nacion Argentina* Disponível em: <<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>>. Acesso em: 13/09/2001.

BATISTA, L. O. **O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr. 1998.

BEVILÁQUA, C. Teoria das Obrigações, edição histórica, Rio de Janeiro: Rio. 1977. <<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/bolivia/ley11.HTM>>.

- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10/01/02. **Diário Oficial da União** de 11/jan./2002.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulo Jurídico**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense.. 1975.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 09/09/2002.
- GATS. Disponível em: <[www.wto.org](http://www.wto.org)>. Acesso em: 02/09/2002.
- HARGAIN, D. *Marco Jurídico del Comercio Internacional de Servicios*. **Revista de Derecho del Mercosur**, n. 4. Buenos Aires. 2001.
- LIPOVETZKY, J. C.; LIPOVETZKY, D. A. **MERCOSUL estratégias pela integração**: Mercado Comum do ou Zona de Livre Comércio? Análise e perspectivas do Tratado de Assunção. São Paulo: LTr.
- LOPEZ, T. A. Da prestação de serviço. In: AZEVEDO, A. J. de (Coord.). **Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contrato**. v. 7. São Paulo: Saraiva. 2003.
- MERCADANTE, A.A. Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços: aspectos jurídicos. In: CASELLA, P. B.; MERCADANTE, A. de A. (Coord.); **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?** A OMC e o Brasil. São Paulo: LTr. 1998.
- NORRIS, R. **Contratos Coletivos Supranacionais de Trabalho e a Internacionalização das Relações Laborais no MERCOSUL**. São Paulo: LTr. 1998.
- NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (Lei n.º 10.406, de 10/01/02). Art. 594, 17. ed., São Paulo: Saraiva. 2002.
- PARAGUAI. **Código Civil do Paraguai**. Disponível em. <<http://www.paraguaygobierno.gov.py/codigocivilestructurado.html>>. Acesso em: 13/09/2001.
- PARAGUAI. *Codigo Civil Paraguay*. Disponível em: <<http://www.paraguaygobierno.gov.py/codigocivilestructurado.html>>. Acesso em: 13/09/2001.
- PEDUZZI, M. C. I. A prestação de serviços. In: FRANCIULLI NETTO, D.; MENDES, G. F.; MARTINS FILHO, I. G. da. **O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr.2003.
- PERU. **Código Civil do Peru**. Disponível em: <<http://derecho.org/comunidad/farnaas/leyes.htm>>. Acesso em: 13/09/2001.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**, v. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984.
- PORTUGAL, H. H. de A. **Atividade Empresarial & Liberdade de Estabelecimento no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá. 2001.



PRONER, C. Comércio de Serviços. In: BARRAL, W. (Org.). **O Brasil e a OMC**, 2. ed., Curitiba: Juruá. 2002.

PROTOCOLO DE MONTEVIDÉU. Disponível em: <[www.mre.gov.br](http://www.mre.gov.br)>. Acesso em: 22/05/2001.

REVISTA DO MERCOSUL. In: PORTUGAL, H. H. de A. **Atividade Empresarial & Liberdade de Estabelecimento no MERCOSUL**. Curitiba: Juruá. 2001.

SALOMO, J. L. **Aspectos dos Contratos de Prestação de Serviços**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

\_\_\_\_\_. **Contratos de Prestação de Serviços: manual prático e teórico**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001.

TAMAMES, R. **La Unión Europea**. Madrid: Alianza Editorial. 1994.

THORSTENSEN, V. **OMC: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras. 2001.

TRATADO DE ASSUNÇÃO. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy/paginabienvendidaportugues.htm>>. Acesso em: 17/07/2002.

VIEIRA, D. C. O Exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores. In: RODRIGUES, H. W. (Org.). **Solução de Controvérsias no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

ZANETTI, R. **O tratamento nacional entre os prestadores de serviços no MERCOSUL**. Disponível em: <<http://www.lazaro.guimaraes.nom.br/tratnac.htm>>. Acesso em: 22/05/2001.



## FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ÉTICA DA EMPRESA

*Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira\**

### RESUMO

A funcionalização dos institutos jurídicos representa a superação do dogmatismo tradicional, por uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea. A investigação objetiva identificar os elementos definidores das funções social e ética da empresa, concebidos como princípios hermenêuticos, considerando o pensamento funcionalista e as limitações constitucionais da ordem econômica. O estudo visa contribuir com a indicação de princípios específicos, referentes à função social da empresa, desvendando perspectivas plurais para a construção de uma hermenêutica socializada e direcionada para as complexas relações empresariais contemporâneas.

**Palavras-Chave:** Empresa; função social; princípios específicos.

### ABSTRACT

The functionalism of the legal justinian codes represents the overcoming of the traditional dogmatism, for a jurisprudence and social adjusted to the necessities and values of the society contemporary. The objective inquiry to identify the defining elements of the functions social and ethical of the company, conceived as hermeneutic principles, considering the functionalist thought and the limitations constitutional of the economic order. The study it aims at to contribute with the indication of specific, referring principles the social function of the company, unmasking perspective plural for the construction of a hermeneutics socialized and directed for the complex enterprise relations contemporaries.

**Key-Words:** Company; social function; specific principles.

---

\* Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
Diretora da Faculdade de Direito da UNIMAR.  
Professora de Direito Civil do Programa de Mestrado da UNIMAR.  
E-mail: <sara@ldapalm.com.br>.

**SUMÁRIO:** 1 A Funcionalização do Direito. 2 Globalização: Estado e Mercado. 2.1 Globalização. 2.2 Estado e Mercado. 3 O Direito de Empresa Contemporâneo. 3.1 O Direito de Empresa Brasileiro. 3.2 Atividade Empresarial – O novo perfil Social e Ético. 3.3 Função Social da Empresa. 3.3.1 Princípio da dignidade empresarial. 3.3.2 Princípio da moralidade empresarial. 3.3.3 Princípio da Boa-fé empresarial. 3.4 Função Ética da Empresa. 4 Conclusões. Referências.

## 1 A Funcionalização do Direito

Com o advento da Carta Magna de 1988, ganha relevo a questão da função social na cena jurídica. As discussões doutrinárias passam a focar o tema a partir de sua base constitucional. De fato, a Constituição Federal, ao adotar o princípio da função social retomou a discussão da finalidade social, do próprio Direito.

O Estado Democrático de Direito e Social traz consigo a busca da função social do direito. Cabe ressaltar que a questão da socialização remonta a própria origem do direito. Basta lembrar que Justiniano já defendia no ano 533 d.C. em suas *Institutas* “que ninguém desconhecesse leis estatuídas para o bem comum”<sup>1</sup>.

Para Calmom de Passos<sup>2</sup> função seria:

a maneira concreta de operar de um instituto, de um direito, de uma organização, etc.

[...]

Eis o que para mim é função um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa.

Parece-me valioso, portanto, para maior precisão do conceito de função, distinguirmos a atividade ou o operar do indivíduo voltado para seus objetivos pessoais, daquele que realiza direcionado para alcançar objetivos relacionados com interesses que o ultrapassam, dizendo mais diretamente com os da convivência social.

O doutor professor ao conceituar a função, vai além para explicitar a melhor compreensão da própria função social, voltada ao interesses da convivência social e como forma de afastar todo e qualquer arbítrio. Considera fruto do Estado de Direito Democrático o relevo da funcionalização social, no âmbito da ciência jurídica.

1 JUSTINIANUS, F. P. S. *Institutas do Imperador Justiniano*. Bauru: EDIPRO, 2001.

2 PASSOS, J. J. C. de. *Função Social do Processo*. Disponível em:

<<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revista/revista4/09.htm>>.

Por essa nova orientação da ordem estatal, a busca da igualdade, entre os indivíduos, deixa o plano formal para ingressar no contexto da materialidade. A própria autonomia privada passa por delimitações, restringindo o individualismo, agora orientado pelas novas concepções dos interesses sociais.

Nesse passo, cabe asseverar as notas conceituais da funcionalização do direito como afirmadas por Maria Helena Diniz quando declara que “Não há lei que não contenha uma finalidade social imediata. Por isso o conhecimento do fim é uma das preocupações precípua da ciência jurídica e do órgão aplicador do direito”. Completa a autora: “O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado no somatório de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses [...]”<sup>3</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz sustenta que os fins sociais são próprios do direito. “A ordem jurídica, como um todo, é um conjunto de normas para tornar possível a sociabilidade humana; logo, dever-se-á encontrar nas normas o seu fim (*telos*), que não poderá ser anti-social”<sup>4</sup>.

Os fins sociais, de fato, representam a busca maior e o norte principal do próprio direito. Pode-se afirmar que não há direito que não vise ao alcance de fins sociais. Como exemplo notável, é citado o direito do trabalho, onde, no passado, foram consolidadas as maiores expressões da finalidade social para todo um campo do direito.

Os fins sociais definem os objetivos e os anseios de uma sociedade que tem o seu agir regulado pelo direito. A sociedade contemporânea organizada, culta e civilizada, reivindica o reconhecimento de seu próprio papel social. Nesse sentido, os fins sociais se identificam com o bem comum.

As mudanças experimentadas pela sociedade reverteram a perspectiva de outrora, deslocando a ‘primazia do individual para o coletivo; da vontade para a norma jurídica; da liberdade para a cooperação [...]’. O homem, então, valorizou-se não por suposta individualidade formal e egoística, mas pela sua substância e integração na coletividade. Teve de se sintonizar com seus (dela) interesses gerais (considerados a partir do que a maioria entende como tais). Daí porque as atividades sociais ou econômicas das pessoas, os bens que os complementam, as regras jurídicas, enfim, têm de ser compreendidas pela sua ‘funcionalização’, pela sua

3 DINIZ, M. H. *Lei de Introdução do Código Civil brasileiro interpretada*. 1996.

4 FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do Direito*. 1988.

5 JUSTEN FILHO, M. *Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro*. 1987

legítima, escorreita e regular prestabilidade jurídico-social, mediante aferição, conforme a Constituição Federal e as suas pautas axiológicas, tradutores dos fundamentos e objetivos da nação brasileira'. Funcionalização do direito nada mais é que a sua efetiva prestabilidade à realização dos fins – ou objetivos – sociais do Estado. Tem função promocional, a de viabilizar determinadas metas políticas<sup>5</sup>.

O Estado contemporâneo absorve as pautas axiológicas das Constituições, igualmente contemporâneas, para constituir os tecidos sociais em camadas espessas e alcançar também os direitos privados. O Estado Democrático de Direito e Social recepciona os novos princípios constitucionais que, a um só tempo, orientam e delimitam diversas estruturas jurídicas.

A intervenção na ordem econômica funcionaliza institutos clássicos do direito privado. A livre iniciativa permanece assegurada, mas com limitações à autonomia privada. Por via de consequência, são limitadas as funções dos negócios jurídicos, destacando-se o âmbito dos contratos e das empresas. Define-se a função social da propriedade. No direito público, ampliam-se as reflexões acerca da função social do tributo, função social do processo, função social da cidade, dentre outras. O dirigismo contratual desloca as tutelas, antes exclusivamente individuais, para o campo dos interesses sociais. A legislação consumerista bem reflete a expressão da nova concepção negocial.

Nosso século transportou para a área privada reflexão que fora feita para o setor público. Passou-se a falar em função social da propriedade, da empresa, do capital, etc. As forças que haviam aberto brechas na muralha política tentavam agora também fazê-las na muralha econômica. E essa reflexão produziu frutos com o Estado de Direito Democrático Social mediante o denominado dirigismo contratual e pela intervenção estatal no domínio econômico, inclusive o desafio de nossos dias de definir a função social dos meios de comunicação. Já não é apenas o agente público que deve exercitar os poderes que lhe foram atribuídos como dever de servir e nos limites da outorga que lhe foi conferida, também aos agentes privados se interdito o exercício das faculdades que decorrem da liberdade, que lhes é reconhecida e assegurada, de modo a determinar um desserviço aos interesses sociais<sup>6</sup>.

---

6 PASSOS, J. J. C. de. **Função Social do Processo**. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revista/revista4/09.htm>.



É nesse contexto de tutelas plurais aos interesses sociais que o direito de empresa ressurge estruturado sob novos comandos, tornando possível a compreensão dos fins sociais da empresa, antes extremamente individualista. A nova concepção oportuniza também a reflexão acerca da responsabilidade social da empresa, bem como de sua função ética. Esses aspectos específicos são objetos de análise do presente ensaio.

## 2 Globalização, Estado e Mercado

### 2.1 Globalização

Nas últimas décadas, os mercados internacional e nacional assistem ao processo ágil e desenfreado da globalização. Com grande preocupação é observada a retomada inflexível do domínio do capital nas texturas gananciosas da competitividade.

Globalização é metáfora de nossos dias que exprime condição econômica e cultural. Promove a hegemonia do capitalismo e de percepções neoliberais, anunciando uma escatologia que consagra novos moldes de soberania, de relações humanas e de idiosincrasias. Impulsiona um neoconservadorismo radical. [...] A Globalização dita um direito diferente, especialmente para países periféricos, como o nosso. O direito brasileiro vem sendo redesenhado como resultado de nossa inserção no mundo globalizado<sup>7</sup>.

A globalização de mercados<sup>8</sup> exige o repensar da teoria da empresa contemporânea, valorizando não só os perfis do empresário, da empresa, mas também as especificidades do mercado globalizado, **sem perder de conta as funções da empresa** e as possibilidades jurídicas que se abrem, como via exclusiva na busca do equilíbrio das atividades empresariais, locais e globais (grifo nosso).

---

7 GODOY, A. S. M. **Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil**. p. 1

8 SZTAJN, R. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**, p. 22.

Mercado, segundo muitos, levam a que se produzam os bens na qualidade e quantidade correspondentes à demanda existente. Mercados livres aparecem, portanto, como condição objetiva necessária para a produção e circulação de bens – mercadorias e serviços, existentes, atuais ou em processo, para satisfação de necessidades, com o que se cria bem-estar e se produz riqueza.

## 2.2 Estado e Mercado

O neoliberalismo foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e do bem estar<sup>9</sup>. O intervencionismo estatal foi combatido fortemente pelo neoliberalismo preconizador das melhores políticas sociais e econômicas. “Uma sociedade neoliberal baseada em organizações complexas, em atores múltiplos, como empresas, bancos e entidades de classe dominante protagonizam um sistema de domínio ditado pelo mercado”<sup>10</sup>.

O neoliberalismo e a globalização são agentes das grandes mudanças ocorridas nas últimas décadas e causadoras de fortes impactos, suportados pela sociedade. Surge a contabilidade do capital que, se de uma parte, soma crescimento, lucros e riquezas (para poucos), de outra, subtrai empregos, oportunidades, inclusões, qualidade de vida.

A complexidade das atividades empresariais extrapola as molduras normativas do direito, fazendo emergir quantidade considerável de “novas situações negociais” presentes nos mercados globais.

Para Arnaldo Godoy,

as recentes transformações verificadas no direito brasileiro identificam essa realidade. A globalização projeta-se em todos os campos da normatividade, assim como da apreensão da arena jurídica, ensaiando novos cânones hermenêuticos. Nota-se um conflito entre economistas e juristas, um antagonismo declarado, uma “polaridade entre eficiência econômica e certeza jurídica, entre programas anti-inflacionários e ordem constitucional”<sup>11</sup>.

Segundo Eduardo José Faria:

[...]A forte transformação experimentada pelas atividades comerciais que, além de serem desenvolvidas espacialmente, por força do aumento do volume de operações negociais, dificulta a aplicação das normas de direito comum que tinham por escopo reger negócios pontuais. Entretanto é essa organização, a empresa, que desponta com vigor em face da enorme transformação das atividades negociais, baseadas no comércio.

9 ANDERSON, P. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E. (Org.) **Pós-Neoliberalismo, As Políticas Sociais e o Estado Democrático**, p. 9. In: GODOY, A. S. M. Op. Cit., p. 20.

10 GODOY, A. S. M. Op. Cit., p. 48.

11 FARIA, E. J. Direito e Economia na Democratização Brasileira. p. 15. In: GODOY, A. S. M.

Seguindo a assertativa, é importante citar Sztajn quando afirma que:

[...] A intensidade do tráfico negocial imposto pela industrialização incipiente requer regras que contemplem não apenas a velocidade com que as operações são realizadas, mas, sobretudo, a repetição de padrões e a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial<sup>12</sup>.

O desafio do Estado Social Democrático de Direito está, nesta perspectiva, em efetivar a ordem econômica respeitando suas funções, consciente de que um “globalismo localizado assinala o impacto do global sobre o local”.<sup>13</sup>

### 3 O Direito de Empresa Contemporâneo

O direito de empresa, com a edição do novo Código Civil, surge unificado, por força da uniformização do novo Direito Obrigacional.

O Código Civil, rompendo com a tradição da teoria do ato jurídico, recepciona, na parte geral, a teoria do negócio jurídico<sup>14</sup> e, na seqüência, ao revogar a parte geral do Código Comercial, igualmente retira de cena a figura tradicional do comerciante, para dar vez à teoria da empresa. As atividades empresariais são reguladas pelo novo código, com apoio da doutrina, precursora das melhores, para a matéria.

Modificação que tal representa para o setor privado da economia, delimitação clara de fronteiras, demarcadas, principalmente, pelo novo modelo de reformulação dogmática e organizacional da empresa.

Os conceitos de empresa e empresário são pontuados. Rediscute-se a função econômica, como exclusiva da empresa clássica. Paralelamente, a reflexão, acerca da função social da empresa, desponta ancorada na função social da ordem econômica como preconizada pela Constituição Federal.

12 SZTAJN, R. Op. Cit., p. 21 e 22.

13 GODOY, A. S. M. Op. Cit., p. 50.

14 MALFATTI, A. Liberdade Contratual. **Cadernos de Autonomia Privada**. LOTUFO, R. (Coord.). v. 2. p. 16.

[...] o poder jurídico da vontade livre apresenta-se como característica diferenciadora do negócio jurídico [...] e o negócio jurídico deixa de representar uma simples forma de troca de bens e passa a espelhar a realização de uma liberdade econômica.

A funcionalização dos institutos jurídicos vem representando a superação do dogmatismo tradicional, cambiada por uma hermenêutica crítica, investigadora de uma ordem jurídica e social adequada a necessidades e valores da sociedade contemporânea<sup>15</sup>.

É nesse ambiente propício à reflexão que o ensaio objetiva identificar os elementos definidores das funções sociais e ética da empresa, concebidas, inicialmente, como princípios hermenêuticos<sup>16</sup>, partindo do pensamento funcionalista, para considerar a tutela constitucional da ordem econômica, a função social e a ética da empresa. Pretende-se pôr em foco, a partir dessa trilogia, a questão relevantíssima, da justiça empresarial, contribuindo para a consolidação de uma hermenêutica integrativa<sup>17</sup>, diferenciada para as relações negociais, em seu plexo de operabilidade empresarial.

### 3.1 O Direito de Empresa Brasileiro

Os conceitos jurídicos nem sempre são bem incorporados pelo legislador civilista. Se, de um lado, conceitua, no artigo 966 do Código Civil, o empresário como aquele “que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”. De outro, não dedicou a mesma técnica à empresa cuja conceituação ficou a cargo da doutrina.

---

15 FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Alterações conceituais exibem uma transformação de paradigmas que supõe riscos e possibilidades, p. 173.

Luta o Direito Civil por novas raízes antropocêntricas (p. 174). A funcionalização do direito de propriedade limitadora ao seu exercício privado – nomeadamente limitações ambientais – geram, também, uma crise na apropriação dos bens. A autonomia privada, vista como um dogma, está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar do seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de uma proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinariedade impõe um repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais. p. 253 - 254.

16 FIUZA, C. **Contratos de Adesão**. 2002.

Quando se fala em princípios, refere-se a normas de conteúdo genérico, que servem de fundamento para outras muitas normas. Não que as regras não possam ser genéricas. Os princípios são mais. Além disso, possuem conteúdo fundante, ou seja, servem de base para a construção de muitas normas, regras e princípios, dedutíveis do sentido impresso pelo princípio mais amplo. Os subprincípios, por sua vez, seguem a mesma sistemática. [...] Em primeiro lugar, deve ficar bem claro que não estamos usando o termo *princípios* na acepção de *princípios gerais do Direito*, com a função de preencher lacunas do ordenamento jurídico, somente utilizáveis na ausência de normas para reger o caso concreto.

17 NORONHA, F. p.166.

A função integrativa não é qualitativamente diversa da função interpretativa: a integração é apenas a continuação da interpretação do contrato para além das disposições previstas pelas partes, ou impostas pela lei. [...] De fato, ambas têm por finalidade determinar quais são as obrigações e quais são os direitos das partes.

Segundo Hentz, a “empresa é a organização dos fatores de produção para a satisfação de necessidades alheias”<sup>18</sup>. A empresa reconhecida como sujeito de direito surge de conformidade com a ordem econômica, como preconizada pela Carta Magna, mais humanizada, voltada em suas funções não só para o econômico, mas também devendo atender aos interesses sociais e éticos.

Na seqüência, o Código opta por seguir na tratativa das características, capacidade, qualidades e demais obrigações do empresário. Segue regulando os tipos societários, os estabelecimentos e, por fim, os institutos complementares (registro, nome empresarial, prepostos, escrituração).

O direito de empresa, regulado como está, pelo Código Civil, não tem aparência de novo, talvez pelo fato inegável de não o ser. Aliás, cabe observar que merecia outra roupagem, em uma dimensão capaz de oferecer respostas mais elaboradas aos desafios impostos pelo novo modelo de mercado globalizado. Todavia as conformações social e ética, delimitadora das atividades empresariais indicam a direção a ser perseguida.

A codificação civil, tuteladora de direitos privados, deveria estar atenta às inúmeras modificações ocorridas na sociedade global, nos últimos tempos. Por tratar-se de um novo Código, verdadeiramente, em coisas tantas, deixou a esperar, deixou de realizar.

O direito de empresa, de todos os livros do novo Códex, é o mais hermético – não soube valorizar as cláusulas gerais – sendo socializado por força constitucional, não foi eticizado senão de forma incipiente. Assim, para ser efetivado, diversos ajustes deverão, antes, ser efetivados.

### 3.2 Atividade Empresarial – O novo perfil Social e Ético

O exercício das atividades empresariais tem como diretriz máxima os princípios constitucionais informadores da ordem econômica.

Toda a ordem econômica está voltada a um liberalismo-social ou socialismo liberal, que, no dizer de Miguel Reale e Oscar Corrêa, compõem a terceira via da economia moderna. Ambos autores mostram que a economia de mercado, perfilada pelo constituinte de 1988, **está temperada por valores sociais**, ao ponto de

---

18 HENTZ, L. A. S. Direito comercial atua., 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 36. In: \_\_\_\_\_. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**: teoria do direito comercial de acordo com a lei n. 10.406, de 10.01.2002, 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

[...] Fica certo, assim, que o conceito de empresa não seria jamais um conceito de direito positivo.

os dois fundamentos maiores do artigo 170 referirem-se, de um lado, à valorização do trabalho humano e, de outro, à livre iniciativa. Esta última só é possível em face da livre concorrência (Art. 170, inciso IV) e está balizada por dois mecanismos de desvios, quais sejam, na ponta da produção e circulação de mercadorias e serviços, pelo controle **do abuso do poder econômico** (Art. 173, §4º da C.F.), e na ponta do consumo, à proteção ao direito do consumidor (5º, inciso XXXII e 170, inciso V)<sup>19</sup>.

A liberdade de iniciativa “é certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo”<sup>20</sup>. Assim: “a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição, preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo”.<sup>21</sup> É legítima, enquanto exercida no interesse na justiça social.<sup>22</sup> Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”<sup>23</sup>.

---

19 REALE, M. **O Estado Democrático e o Conflito de Ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1988. CORRÊA, O. **O Sistema Político-Econômico do Futuro: O Societarismo**. Ed. Forense Universitária, 1994. In: MARTINS, I. G. da S. **Scientia Jurídica**. Revista do programa de mestrado em Direito Negocial da UEL, v. 7-8, Londrina: UEL, 2004, p. 43.

20 OTTAVIANO. *Governo dell'economia: i principi giuridici*. v. II. . In: *Tratado di diritto commerciale e di diritto dell'economia: La costituzione economica*. v. I. p. 200 - 201 Apud SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros. 1997, p. 725 - 727.

21 Id. p. 202. Apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed., revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros. 1997, p. 725 a 727.

22 Com razão, pois Modesto Carvalhosa, quando a concebe como liberdade fundamental relativa e, assim, como instrumento da justiça social e do desenvolvimento nacional (cf. ob. cit., p. 114-115); cf. também, para uma discussão mais ampla do tema, Paolo Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione "vivente"*, Padova, CEDAM, 1978; Paolo de Carli, *Costituzione e attività economica*. Padova, CEDAM, 1978 Apud SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed., revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 725-727.

23 SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 725-727.

A Constituição Federal garante à empresa a livre iniciativa, temperada pelos limites, da ordem constitucional. Assim, a livre iniciativa é significante de estar livre para entrar no mercado e exercer livremente suas atividades, respeitados os limites funcionais.

A livre iniciativa, contudo, segue criticada por aqueles que vêm a retomada do neoliberalismo capitalista e, por via de consequência, o individualismo. Ainda que os comandos constitucionais indiquem limitações, como as apontadas, cabe o registro de descrédito em relação ao Estado que não consegue “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor (Art. 170, IV e V).

Como limites constitucionais dois se destacam, expressos pelos comandos normativos do controle do abuso do poder econômico (Art. 173, §4º da C.F.), somados à proteção ao direito do consumidor (Art. 173, §5º, inciso XXXII e 170, V).

A Constituição estatui que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (Art. 173 § 4º).

Para José Afonso da Silva:

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso<sup>24</sup>.

Na seqüência os valores sociais, como contemplados pelo texto constitucional, impõem à empresa a socialização de suas atividades. De acordo com Fachin<sup>25</sup>: “Quando a Constituição prevê que na ordem econômica um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá uma direção”.

---

24 SILVA, Op. Cit.

25 FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 208-209.

### 3.3 Função Social da Empresa

A exemplo da função social do contrato (Art. 421 do Código Civil), a liberdade da empresa, no exercício de suas atividades, está condicionada, ainda, pelos limites da função social expressando, paradoxalmente, para o setor empresarial, possibilidade de novas ações, exigidas pelo mesmo mercado, acostumado ao melhor lucro, pelo menor custo.

O direito de empresa, em face do reconhecimento das mazelas da globalização e do neoliberalismo, recepciona os cânones constitucionais referidos, como meio assecuratório e possibilidades de frear as atividades nefastas de um mercado excessivamente capitalista.

Para fins deste estudo, passam a ser indicados princípios específicos norteadores da função social da empresa, como segue.

#### 3.3.1 Princípio da dignidade empresarial

A dignidade empresarial se expressa através do exercício da atividade econômica de forma equilibrada, sem abusos, cumprindo com as funções econômica e social, de forma adequada aos preceitos constitucionais, delimitados pelo abuso do poder econômico, a concorrência e a proteção ao direito do consumidor. A ética empresarial, também, é observada quando a empresa inclui na relação custo x benefício, a dimensão do benefício social.

#### 3.3.2 Princípio da moralidade empresarial

Por este princípio são indicadas, como funções sociais e também éticas da empresa, zelar pelo nome da empresa; zelar pela qualidade de seus produtos, serviços e atendimentos; exercer suas atividades formalmente, evitando a informalidade que é sonegadora; atender as necessidades do consumidor de forma adequada, prestando todas as informações devidas.

#### 3.3.3 Princípio da Boa-fé empresarial

No que se refere ao universo negocial, a **boa-fé empresarial destaca-se como terceiro princípio** a ser observado no ambiente da eticidade empresarial. Fala-se aqui, evidentemente, da Boa-fé objetiva, significando:



uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes<sup>26</sup>.

Assim sendo, cabe à empresa contratar de forma justa e equilibrada, objetivando a preservação e execução do contrato, visando o alcance da justiça contratual. A empresa deve, ainda, zelar pela realização das funções sociais do contrato e da propriedade empresarial. Por derradeiro, é dever da empresa assegurar a produção dos efeitos de seus negócios jurídicos.

A função social da empresa reúne verdadeiros princípios éticos que devem integrar o rol dos demais princípios norteadores de uma hermenêutica crítica, possibilitadora da compreensão das complexas relações empresarias contemporâneas. A adoção de um modelo social empresarial desponta como decorrência da busca do equilíbrio do livre mercado, somado aos interesses sociais. A sociedade de consumo atual, o novo contorno das atividades empresariais fazem despertar, na empresa moderna, a necessidade de reflexão acerca de suas ações e funções em um mundo globalizado, onde diferenciais passam a ser imperiosos como forma de estar no mercado.

**A função social da empresa** surge mesclada com ações sociais, inspiradas em direitos nobres, como a tutela do meio ambiente, melhoria do ambiente e relações de trabalho, projetos e complementares de auxílio à família do trabalhador.

**A função social da empresa**, delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista, passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo.

Dessa forma, e por essa linha de raciocínio, são, ainda, funções sociais da empresa o desenvolvimento regular de suas atividades empresariais, com a observância dos mandamentos constitucionais. As atividades empresariais devem atender os interesses não só individuais, como os interesses de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas, vale dizer, interesses sociais.

---

26 MARQUES, C. L. *Contratos no código de Defesa do Consumidor*: ..., p. 181-182.

Outro ponto de expressiva dimensão social está na eleição de políticas econômicas, sociais e éticas, indicativas de preços justos e concorrência leal. Estão contemplados, nesse particular, a qualidade do produto, do serviço e do atendimento. A geração de empregos e manutenção regular do recolhimento de tributos são funções sociais de expressivo valor. Por fim, deve a empresa agir de acordo com os usos e costumes sociais.

A função social da empresa conduz à **responsabilidade social** levando o novo sujeito de direito para além dos interesses individuais.

O número de empresas que adotam um comportamento socialmente responsável é cada vez maior, pela própria exigência do mercado, o que implica um esforço adaptativo sem o qual dificilmente sobreviverão no mundo atual. O conceito de moralidade do mercado exprime a moralidade que a maioria das empresas se esforça por praticar, levando a que outras empresas assumam práticas semelhantes, adotando aquelas que são necessárias para a sua sobrevivência econômica. Este tipo de comportamentos morais é entendido, assim, como uma vantagem competitiva das empresas, o que contribui para que estas se tornem empresas de sucesso<sup>27</sup>.

O direito projetado evolui em direção à responsabilização social da empresa. Tramita, no Senado, projeto de lei prevendo a alteração do artigo 165 da Constituição Federal, instituindo a **Carta de Responsabilidade Econômico-social**. Paralelamente, tramita, no Congresso Nacional, projeto e lei que cria a obrigatoriedade da apresentação do balanço social das empresas. O direito projetado recepciona as diretivas do direito estrangeiro, notadamente o direito europeu, que regulou, anteriormente, a matéria que se refere à responsabilidade social da empresa.

---

27 NUNES, C. B. Op Cit., p. 114.

### 3.4 Função Ética da Empresa

A prática das atividades empresariais dirigida para o equilíbrio dos mercados livres, na persecução da realização da função econômica, delimitada pela função social, descortina outra função da empresa, agora em sua face ética<sup>28</sup>.

A globalização, imposta pela liberalização do comércio e circulação da informação, implica a liberdade individual, o que conduz a uma liberdade econômica. Este é um objetivo amplamente atingido nas economias de mercado livre, verificando-se aí um nível de bem-estar geral mais elevado e menor quantidade da população a viver em condições econômicas precárias. Nesse contexto, parece ser difícil às empresas, pelo menos a longo prazo, conseguirem manter negócios onde a mentira, o roubo, o suborno e outro tipo de ações imorais estão presentes, sendo, pelo contrário, imperativa a existência e implementação de uma ética universal para que as relações comerciais, global, perante condições de liberdade econômica e concorrência, possam ser coroadas de sucesso. Pode-se, então, dizer que a medida da ética no mundo dos negócios é a concorrência, pois os sistemas que se apresentam mais concorrenciais são os que demonstram menores desvios em relação aos comportamentos que são considerados “mais éticos”<sup>29</sup>.

Rawls<sup>30</sup>, ao propor uma teoria de natureza contratual (contrato social), defende dois princípios básicos, essenciais: princípio de igual liberdade, onde cada pessoa é livre para fazer o que entender desde que não infrinja ou interfira com a liberdade dos outros; e o princípio da diferença, quando as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de modo razoável com vantagem para todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades.

No que respeita a direitos sociais, econômicos e políticos, o primeiro princípio da justiça de Rawls afirma o direito de igual liberdade. O segundo justifica o direito a uma “porção justa”. Para qualquer vantagem que outros recebam, o menos afortunado teria o direito não a uma igual porção, mas à sua porção justa<sup>31</sup>.

28 Id. **A Ética Empresarial e os Fundos Socialmente Responsáveis**, p. 113.

O interesse pela ética empresarial surgiu nos Estados Unidos da América no final da década de setenta, tendo-se convertido numa área científica autônoma, como consequência da crise dos anos oitenta, que colocou muitas empresas em condições de competitividade difícil, numa economia cada vez mais aberta. De fato, o rápido crescimento dos grandes grupos privados, a formação de uma elite de gestores cada vez mais especializada, que se encontrou perante dificuldades inesperadas e formas desproporcionadas de poder, despertou a atenção do mundo empresarial para preocupações de natureza ética.

29 Id. Op. Cit., p. 19-20.

30 RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. (Trad. De: *Theory of Justice*, Harvard University Press), p. . Apud, NUNES, p. 57.

31 NUNES, Cristina Brandão. Op Cit., p. 57.

A empresa ética sabe ser livre – vale dizer – tem sabedoria para estar no mercado, pautando suas ações pela concorrência legal, isto é ética. A ética na empresa passa a ser indicadora da porção justa, como preconizada por Rawls.

A tradição política brasileira tem como base os direitos naturais universais que proclamam a vida, a liberdade e a propriedade, entre outros, e o que surge como consequência da necessidade de restringir o poder e a supremacia do Estado. Os direitos são, assim, entendidos pelas pessoas como uma possibilidade, ao seu alcance, de não só reivindicar determinados bens sociais, mas, também, de obter respeito e status social<sup>32</sup>.

A despersonalização da pessoa jurídica em caso de abuso pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, prevista pelo artigo 50<sup>33</sup> do Código Civil, retrata o alcance de compreensão ética da nova feição empresarial.

A população em geral está também mais sensibilizada e atenta aos problemas éticos e, desse modo, uma empresa que não adote um comportamento eticamente correto terá mais dificuldade em impor os seus produtos e serviços no mercado global<sup>34</sup>.

#### 4 Conclusões

A funcionalização é inerente ao próprio direito. A função social é meio de efetivação dos objetivos do Estado Social. Pode-se afirmar que não há direito que não vise o alcance de fins sociais.

A Constituição Federal funcionaliza institutos clássicos do direito privado. A intervenção na ordem econômica delimita a autonomia privada assegurando a livre iniciativa. A globalização de mercados exige o repensar da teoria da empresa contemporânea.

A complexidade das atividades empresariais extrapola as molduras normativas do direito, fazendo emergir quantidade considerável de novas situações negociais, presentes nos mercados globais.

---

32 Id., Op Cit., p. 58.

33 CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Art. 50.

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos e certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

34 NUNES, C. B. Op Cit. , p. 114.



O desafio do Estado Social Democrático de Direito está, nesta perspectiva, em efetivar a ordem econômica respeitando suas funções. A funcionalização dos institutos jurídicos vem representando a superação do dogmatismo tradicional, cambiada por uma hermenêutica crítica, investigadora de uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea.

A empresa contemporânea ressurgiu mais humanizada e voltada em suas funções não só para o interesse econômico, mas também buscando atender aos interesses sociais e éticos.

O exercício das atividades empresariais tem como diretriz máxima os princípios constitucionais, informadores da ordem econômica. A livre iniciativa é significativa de estar livre para entrar e permanecer no mercado exercendo livremente suas atividades, respeitados os limites funcionais. Os maiores limites constitucionais à livre iniciativa decorrem do controle do abuso de poder econômico, da proteção ao direito do consumidor e da função social.

São princípios específicos, norteadores da função social da empresa, os seguintes: princípio da dignidade empresarial, princípio da moralidade empresarial e princípio da boa-fé empresarial. A função social da empresa delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo.

São ainda funções sociais da empresa: o desenvolvimento regular de suas atividades empresariais com a observância dos mandamentos constitucionais; o dever de atender os interesses coletivos de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas; eleição de políticas econômicas, sociais e éticas, indicativos de preços justos e concorrência leal; geração de empregos; manutenção regular do recolhimento de tributos e, por fim, agir de acordo com os usos e costumes sociais.

A função social da empresa conduz à responsabilidade social. O direito projetado prevê a alteração do artigo 165 da Constituição Federal, instituindo a Carta de Responsabilidade Econômico-social e a obrigatoriedade do balanço social da empresa.

Na esteira da função social da empresa, desponta a função ética da empresa determinada pelas regras do próprio mercado. Uma empresa que não adote comportamento ético compatível tem dificuldades de se impor nos mercados locais e globais.

As funções social e ética da empresa são diferenciais capazes de indicar ao empresário como agir corretamente, maximizando o efeito das ações positivas, assegurando a empresa permanecer no mercado de forma mais humanizada, menos patrimonializada e de forma equilibrada.



## REFERÊNCIAS

- ANDERSON, P. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E. (Org.) Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático. p. 9. Apud GODOY, A. S. M. **Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.
- DINIZ, M. H. **Lei de Introdução do Código Civil brasileiro interpretada**. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.
- FIUZA, C. **Contratos de Adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GODOY, A. S. M. **Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.
- HENTZ, L. A. S. **Direito de empresa no Código Civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- JURIS POIESIS. Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Edição temática. Biodireito. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, a. 7. n.1. 2004.
- JUSTINIANUS, F. P. S. **Institutas do Imperador Justiniano**. Bauru: EDIPRO, 2001.
- MALFATTI, A. Liberdade Contratual. Artigo. Renan Lotufo (Coord.), **Cadernos de Autonomia Privada**, v. 2. p. 16.
- MARQUES, C. L. **Contratos no código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante**. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NUNES C. B. **A Ética Empresarial e os Fundos Socialmente Responsáveis**. Portugal: Vida Económica, 2004.
- OTERO, P. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado**. Coimbra Editora, 1998.
- PASSOS, J. J. C. de. **Função Social do Processo**. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revista/revista4/09.htm>>.
- REALE, M. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. reform. e atual., São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, A. J. **Função Social do Contrato: Lesão e Imprevisão no CC/2002 e no CDC**. 2. ed., São Paulo: Método, 2004.



SCIENTIA IURIS. Revista do programa de mestrado em direito negocial da UEL, v. 7-8, Londrina: UEL, 2004.

SGARBI, A. et al. **Soberania: Antigos e Novos Paradigmas**. GUERRA, S.; SILVA, R. L (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2004.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed., revis. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros. 1997.

SZTAJN, R. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.



## INDÚSTRIA CULTURAL E MISTIFICAÇÃO DAS MASSAS

*Joseman Aurélio Fernandes\**

### RESUMO

O presente trabalho visa a analisar elementos conceituais presentes nos estudos do filósofo Theodor W. Adorno, referentes à mistificação das massas através da indústria cultural, bem como seus reflexos de conteúdo político e normativo que visem à construção do ideal de comportamento a ser seguido e imposto, como elemento essencial de dominação na sociedade ocidental.

**Palavras chave:** indústria cultural; arte de massas; alienação; ideologia; racionalidade ocidental; mistificação das massas; normalidade, dominação.

### ABSTRACT

This article intends to analyze conceptions that are present in studies of the philosopher Theodor W. Adorno, reporting to mystifying masses by the cultural industry, as well as its political and normative reflexes that try to construct the ideal of behavior to be followed and inflicted, as an essential element of domination in Western Society.

**Key Words:** cultural industry; masses arts; alienation, ideology; western rationality; masses mystification; normality; domination.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Industria Cultural. 3 Paradigma Normativo Através da Cultura de Massas. 4 Conclusão. Referências.

---

\* Professor de Filosofia do Direito na UNIFIL.  
Procurador da Fazenda Nacional.  
Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL.





## 1 INTRODUÇÃO

A realidade contemporânea é inegável e onipresente. A indústria cultural ganhou atenção detida de um dos maiores filósofos alemães e da cultura filosófica universal, Theodor Wiesegrund Adorno: “A unidade implacável da indústria cultural atesta a unidade em formação da política”.

Fez, a partir desta dedicação, um esboço polivalente e completo, embora considerado pessimista por alguns, daquilo que se tornou a quintessência da técnica industrial, pois está revestida de pretensa estética e síntese de uma Era. A arte moderna representada pelo sistema rádio-jornais-cinema personaliza o próprio homem e erige-se como seu espelho mais eficaz, identificando falsamente o universal com o particular.

Propõe e impõe modelos de comportamento que se tornam modelos “normais” dentro da sociedade, gerando problema para ciências normativas e comportamentais.

Visa o presente trabalho a entregar leitura sobre esse trecho da obra de Adorno, com intenções de esclarecer quais os fundamentos da racionalidade técnica que enseja o viver moderno, em especial no que se refere à indústria cultural e à arte de massas, levantando problema de normatividade gerado pelos modelos impostos.

## 2 INDÚSTRIA CULTURAL

A vasta obra de Adorno encontra, sem semelhantes na tradição filosófica, lugar privilegiado para a crítica à racionalidade ocidental. Um dos precursores da poliglota Escola de Frankfurt, Theodor Wiesegrund Adorno, possui origem judaica e inclinações marxistas, ao menos na primeira fase de seus estudos – duplo problema para a época em que viveu na Alemanha, e que o levou a se fixar, primeiro na Inglaterra e depois nos Estados Unidos.<sup>1</sup>

Adorno levanta consigo uma experiência ímpar, a partir do contato que toma com a cultura norte-americana, em especial no que se refere ao que ele classifica e conceitua de “indústria cultural”, da qual ele ainda não havia tomado contato mais profundo em seu país natal, dadas as circunstâncias históricas pelas quais a Alemanha pré-nazista passava. Ele em verdade aponta uma espécie de “atraso cultural” pelo qual passava a Europa pré-fascista como forma de proteção do espírito contra a mitificação proposta pela consciência cultural americana<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BENJAMIN, W.; HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W.; HABERMAS J. Textos Escolhidos – Coleção Os Pensadores.

<sup>2</sup> ADORNO, T. W. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos, com M. Horkheimer* (Trad.) Guido Antonio de Almeida, p. 124.



O *cultural lag*<sup>3</sup> é o que deixava ao espírito um resto de autonomia, retirada depois pela indústria cultural.

Adorno espanta-se com a tirania da alma sobre a qual empenha-se a cultura praticada no mais democrático dos países. Cita A. Toqueville (A democracia na América) quando esse filósofo aponta para a impossibilidade de existência do “diferente” no seio da sociedade liberal americana, sem que se submeta a uma grave sanção<sup>4</sup>.

O problema apontado por Adorno remonta a questões de natureza política e normativa. A uniformidade inflexível da cultura conduz a elaboração de uma identidade política artificial<sup>5</sup>, numa deterioração do que Aristóteles já havia dito em “A política” no que se refere à implantação no espírito dos jovens dos “costumes mais puros”, voltados sempre ao melhor governo<sup>6</sup>.

A faceta auto-reprodutiva da modernidade<sup>7</sup> enseja a escolha pelos meios de produção de elementos culturais que dêem voz ao modelo estrutural adotado para a vida em sociedade, tanto no aspecto produtivo, quanto no aspecto normativo. Assim, assemelha-se, na cultura ocidental, o meio de produção com o seu objeto próprio, na produção material e na produção cultural. Não haveria diferenças substanciais entre os diversos modelos de automóveis, assim como não haveria diferenças substanciais entre os diversos filmes da Metro Goldwyn Mayer<sup>8</sup>. As aparentes diferenças entre os diversos modelos e os diversos filmes apenas serviria para alimentar uma ilusão de concorrência e de possibilidade de escolha. No que se refere à arte, tal experiência do “parecido” criaria uma realização irônica da arte total wagneriana, outrora já criticada por Nietzsche<sup>9</sup>. A dimensão estética moderna ganha ares de total e enseja a opção de imposição pelo crivo do normal. Valeria a pergunta; O que mais poderia ser o “paradigma do normal” que não estivesse contido nesta arte que alcança todas as coisas e que cria a própria vida em sociedade?

---

3 Id. Ibid.

4 ADORNO, Op. Cit., p. 125.

5 Id. Ibid., p. 116.

6 ARISTÓTELES, A. **Política**. (Trad.) Nestor Silveira Chaves, p. 100.

7 HABERMAS, J. **O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze Lições**, p. 6.

8 ADORNO, Op. Cit., p. 116.

9 NIETZSCHE, F. In: **Humano, Demasiado Humano**.

Os apropriadores da noção de estética e da sua criação mais pragmática enfatizam a função libertadora da estética, numa perspectiva kantiana, até. A dimensão estética do espírito não seria apenas um terceiro elemento da crítica, mas o próprio núcleo impulsionador da liberdade e criador da autonomia, como bem observa H. Marcuse<sup>10</sup>. A importância da dimensão estética também é destacada por Márcio Suzuki, quando comenta as Cartas de Schiller acerca da educação estética do homem:

É portanto apenas à luz dessa investigação sobre o homem como natureza sensível e racional, empenhando-se em unificar obrigação e felicidade, que se pode avistar o verdadeiro edifício que, segundo Schiller, Kant deixara premeditadamente de construir, e que deve abrigar a um só tempo a estética e a filosofia prática.<sup>11</sup>

Schiller ainda declinará: “Falarei de um objeto que está em contato imediato com a melhor parte de nossa felicidade e não muito distante da nobreza moral da natureza humana”<sup>12</sup>.

E o próprio Kant é mais uma vez lembrado por Marcuse, quando este último aponta o famoso parágrafo 59 da Crítica da Razão Prática, identificando o “belo” com o “moral”.<sup>13</sup>

Essa apropriação, entretanto, saber-se-á não criadora, mas dominadora; não realizadora, mas enganadora; não libertadora, mas aprisionadora. Aprisionar o homem aos processos produtivos será a maior função da estética de massas, na indústria cultural. O processo técnico que leva a produção das artes de massa, tende apenas a:

[...] gravar sua omnipresença no coração dos esbulhados que se tornaram candidatos a jobs como a onnipotência de seu senhor, eis aí o que constitui o sentido de todos os filmes, não importa o plot escolhido em cada caso pela direção de produção<sup>14</sup>.

10 MARCUSE, H. *Eros e Civilização*, p. 157-158.

11 SCHILLER, F. *A Educação Estética do Homem, em Uma Série de Cartas*, p. 15.

12 SHILLER, Op. Cit., p. 19.

13 MARCUSE, Op. Cit., p. 158.

14 ADORNO, Op. Cit., p. 117.

A planificação técnica presente na arte de massas não é apenas a sua forma, mas a identidade com a própria noção de estética que a indústria cultural planeja e pratica. Elementos recorrentes de natureza artística são usados como meio e determinação dos mais comecinhos sentimentos, desde um refrão invasor de uma música popular até clichês sempre presentes nos mais variados filmes.<sup>15</sup>

Quem teve oportunidade de ler a revista História Viva<sup>16</sup> poderia ficar extasiado com a longa apologia feita ao filme “Tróia”, antes de seu lançamento. Apontava retrato fiel e robusto ao mito que, sob provas arqueológicas, teve aparente espelho na história. Elencava os detalhes acerca dos homens, heróis, semideuses e deuses que protagonizaram a história de Homero, como se pudesse ter existido paralelo entre o mito e a história. Dizia a matéria que a história foi definida por amor, ódio e infâmia, em torno do rapto de Helena. Após o filme ser lançado, entretanto, decepção: mais um produto da indústria cultural de massas. Denunciado pela revista Isto É<sup>17</sup>, o filme não passava de engodo, com heróis gregos e protagonistas reduzidos a *playboys* modernos e insurretos, aparentemente autônomos, que veriam, na promoção pessoal, o único motivo para ir a guerra contra Tróia. Desrespeito absurdo ao mito e ao próprio texto da Ilíada de Homero. Tentativa de recriação de arte clássica com intuito mercadológico e ideológico, de conteúdo ralo e de diálogos pobres, quase ridículos. Folhetim eletrônico através do qual: “personagens modelares, definidos nas vicissitudes de uma aventura, insinuam-se padrões socialmente desejáveis de comportamento e de atitude.”<sup>18</sup>

A guisa de mais exemplo, no Brasil efetuaram a mesma manobra com o conto machadiano “A Cartomante”, que fora sancionado como estético, ou artístico, em sua versão eletrônica, apenas pela colagem do nome *Machado de Assis*.<sup>19</sup>

O exemplo é apenas ilustrativo, mas não exaustivo. Mesmo em obras tidas por mais clássicas, como “Spartacus” de Stanley Kulbrick, como “O Grande Ditador” de Charles Chaplin, ou como “Um Bonde Chamado Desejo” de Tennessee Williams, encontra-se presente a idealização do comportamento socialmente aceitável. Ora é importante ser como Spartacus, que busca cristalizar a liberdade de forma absoluta (e todos devem ser como Spartacus), ora se deve reprovar o comportamento adúlterino de uma mulher deprimida e histérica que vê no cunhado a figura masculina fugidia, com o qual trai a própria irmã. O próprio Adorno tece comentário sobre Chaplin, assim se expressando:

---

15 Id. Ibid., p. 117-118.

16 HISTÓRIA VIVA. 2004.

17 ISTO É. 2004.

18 SODRÉ, M. **Teoria da Literatura de Massa**, p. 32.

19 Id. Ibid., p. 31.

Os campos de trigo que ondulam ao vento ao final do filme de Chaplin sobre Hitler desmentem o discurso antifascista da liberdade. Eles se assemelham às malenas louras da moça alemã, que a Ufa fotografou em sua vida ao ar livre e ao vento do verão. É justamente porque o mecanismo de dominação social a vê como antítese salutar da sociedade que a natureza se vê integrada à sociedade incurável e, assim, malbaratada.<sup>20</sup>

Entretentes, Adorno não se limita a criticar a arte atual. Avança até mesmo sobre o próprio Homero, como possuidor de elementos de discernimento esclarecedor burguês, uma vez que:

cantar a ira de Aquiles e as aventuras de Ulisses já é uma estilização nostálgica daquilo que não se deixa mais cantar, e o herói das aventuras revela-se precisamente como um protótipo do indivíduo burguês, cujo conceito tem origem naquela autoafirmação unitária que encontra seu modelo mais antigo no herói errante.<sup>21</sup>

Essa constatação deve-se, ainda, aos intérpretes da antiguidade ligados ao romantismo e à recriação deste elemento burguês na releitura da arte clássica grega.<sup>22</sup>

Analisando o conceito de belo em Homero, a partir da Odisséia, Ernesto Grassi elenca a libertação da incerteza e do temor, amor e gentileza, em contraste com a fúria selvagem dos elementos e da natureza<sup>23</sup>. Vale dizer, então, que a passagem do sofrimento para o deleite, pela qual passa Ulisses e que depois será apropriada pela cultura de massas, como modelo idealizador de comportamento social, dá voz ao que disse Adorno acerca do elemento burguês já presente em Homero.

É claro, porém, que a releitura desses elementos deverá atender a um ciclo que se fecha em torno das necessidades antecipadas<sup>24</sup> e sistemáticas<sup>25</sup> da indústria cultural. Necessidades estas que, atendendo, como já visto, a cooperação essencial que deve haver entre estética e produção, procuram dar corpo a uma falsa identidade entre o universal e o particular.<sup>26</sup>

---

20 ADORNO. Op. Cit. p. 139.

21 Id. Ibid., p. 53.

22 Id. Loc. Cit.

23 GRASSI, E. **Arte como Antiarte: Teoria do Belo no Mundo Antigo**; p. 43-44.

24 ADORNO, Op. Cit. p. 117.

25 Id. Ibid., p. 113.

26 Id. Ibid., p. 113-114.

Com a necessidade de tal identificação, constrói-se uma idéia de homem que chega as raízes de negar a sua própria natureza, onde: “cada qual é um modelo da gigantesca maquinaria econômica que, desde o início, não dá folga a ninguém, tanto no trabalho quanto no descanso, que tanto se assemelha ao trabalho”<sup>27</sup>.

Fernando Pessoa, que viveu na Inglaterra e foi contemporâneo de Adorno, assim relatou sua experiência com a modernidade:

[...] Ó rodas, ó engrenagens, eterno! / Forte espasmo retido dos maquinismos em fúria (...) Fraternidade com todas as dinâmicas! / Promíscua fúria de ser parte-agente / Do rodar férreo e cosmopolita / Dos comboios estrênuos, / Da faina transportadora de cargas dos navios / Do giro lúbrico e lento dos guindastes, / Do tumulto disciplinado das fábricas, / E do quase silêncio ciciante e monótono das correias de transmissão! (...) Atirem-me para dentro das fornalhas! / Metam-me debaixo dos comboios! / Espanquem-me a bordo de navios! / Masoquismo através de maquinismo! / Sadismo de não sei que moderno e eu e barulho [...]”<sup>28</sup>.

Pouco adiante, nesse mesmo poema, Fernando Pessoa compara o trabalhador a um burro que gira incessantemente na nora do quintal de uma casa. Os fatos relatados pela obra cinematográfica seguem e obedecem a este frenesi de sucessos velozes que são desfiladas pelos seus protagonistas.<sup>29</sup> E os desenhos animados dão especial significado ao termo “masoquismo”, utilizado pelo poeta português, pois riem-se dos desgraçados personagens animados, como quem aprende a rir-se de suas próprias desgraças.<sup>30</sup>

O homem produtor-moderno precisa acostumar-se com a subversão da sua natureza contemplativa e potencialmente voltada para o belo como inclinação *a priori* de seu espírito. Agora o “belo” analisado e desfrutado pelo homem é referência da produção e do “normal”. Nenhuma arte é alienígena a este modelo-sistema, denominado por Adorno como “liberalismo avançado”.<sup>31</sup> Acrescenta Adorno que tais criações da referência estética são inflexíveis e estáticas, sem possibilidade de aumento ou transformação<sup>32</sup> e que representam o ideal de

---

27 *Ibid.*, p. 119.

28 PESSOA, Fernando. O Guardador de Rebanhos e Outros Poemas. São Paulo, Círculo do Livro Ed. pp137, 138 e 141, do poema “Ode Triunfal”.

29 ADORNO, *op. cit.*, p. 119.

30 ADORNO, *op. cit.* p. 130.

31 *Ibid.*, p. 126.

32 *Loc. cit.*

sucesso e de competência<sup>33</sup> no homem que reproduz a mecanização dos processos de trabalho da fábrica e do escritório até mesmo durante o ócio<sup>34</sup>. Cria-se, assim, o dever político dos dominantes em estabelecer a identidade entre cultura e entretenimento<sup>35</sup>. Por outro lado, uma arte verdadeiramente autêntica que visasse dar voz ao poder educativo, contido na educação proposta por Schiller, somente seria motivo de escárnio e preconceito, como salientado em Toqueville<sup>36</sup>. É emblemático o incêndio que destruiu o *Globe Theater* de Shakespeare no período elisabetano<sup>37</sup>, que parece ter posto fim definitivo entre a compatibilidade da verdadeira arte e o paradigma da competência e do sucesso modernos.

A arte para as massas está reduzida à técnica. Mas não só às técnicas de filmagem e locação, mas também de roteiro e encenação. Adorno aponta que em qualquer nível e especialidade de *plot* – formato, enredo – lá haverá respeito ao elemento planificador da cultura de massas. Para a arte de massas a forma é importante. Os seus manipuladores são formalistas deformados, que não sabem o significado dos símbolos que criam, pois se a “arte é antes de tudo criadora de símbolos”<sup>38</sup> (epíteto inquestionado dos simbolistas e formalistas), a arte de massas é ignorante quanto aos significados dos seus contextos, já que a identidade entre o universal e o particular é artificial e falsa.

A única função aparente da arte de massas é o poder fechado num ciclo de auto reprodução, tipicamente moderno. No Brasil tem-se copioso exemplo da utilização desse mecanismo, na Rede Globo de Televisão. O fundador da organização empresarial de comunicação mais famosa do país e da América Latina, Roberto Marinho, não se constrangeu em admitir e dizer “sim, eu uso esse poder”<sup>39</sup> em entrevista ao jornal norte-americano “Times”.

A reprodução desse poder é importante para a manutenção do domínio sobre a sociedade. Ele cria um paradigma de comportamento e uma referência de normalidade. Surge através dele uma tese quanto à própria norma – criando a própria vida em sociedade ele é o verdadeiro bio-poder.<sup>40</sup>

---

33 Ibid., p. 124.

34 Ibid., p. 128.

35 Ibid., p. 134.

36 Ver nota 3.

37 BLOOM, H. (Org.) **Contos e Poemas para Crianças Extremamente Inteligentes de Todas as Idades**, p. 35-36.

38 TOLEDO, D. de O. (Org.) **Teoria da Literatura. Formalistas Russos**, p. 40.

39 HERZ, D. **A História Secreta da Rede Globo**, p. 25.

40 NEGRI, A.; HARDT, M. **Império**. 2004.

### 3 PARADIGMA NORMATIVO ATRAVÉS DA CULTURA DE MASSAS

Esta normatização refere-se à transformação das condutas evidenciadas pela indústria cultural, em referência do “normal” e do que deve ser seguido pelo homem comum.

Através da totalização da arte de massa, apresentar-se como alternativa ao estilo é contradizer o próprio absoluto, e, por consequência, negar as formas transmitidas pela sociedade.<sup>41</sup> Não se submeter faz referência imediata à subsunção que orienta a analítica jurídica. O rebelde que nega o sistema elaborado pela indústria cultural transforma-se em *outsider*<sup>42</sup>, e objeto de interesse do direito e da psicologia.

O conceito de normal ganha contornos jurídicos e psicológicos e subsume toda a sociedade aos seus parâmetros. Não raro, tais ideais de comportamento surgem a partir da releitura de certos conceitos jurídicos – especialmente de origem *jus-naturalista*. Quaisquer destes filmes de guerra e combate propagandeados pela indústria cinematográfica erigem, em prol dos protagonistas, o direito de intervenção e de submeter os inimigos às normas, em face de injusta agressão, assim definida como aquela que nega os valores básicos da cultura ocidental (tais como direitos humanos, democracia, liberdade, etc.)

O que é curioso em Adorno, entretanto, é perceber que esses *outsiders* poderiam ser definidos como aqueles homens que negam a racionalidade técnica e operativa criadora e sustentadora do poder político. Ele define o uso da razão como uma catástrofe<sup>43</sup> e uma calamidade triunfal<sup>44</sup>, e ela, por possuir tais adjetivos, poderia incentivar o homem esclarecido a negá-la.

Não é qualquer negativa em face desta ordem racional que faz do homem um estrangeiro<sup>45</sup>. O marginal está subsumido aos paradigmas impostos mais do que o artista autônomo. Mas não há como se determinar de forma completamente autônoma dentro de um sistema tão polivalente, que inclui rádio, televisão, jornais, cinema, música, literatura e que trata de todos os costumes como repetições necessárias.

Jürgen Habermas aproxima a proposta de Adorno a um nihilismo nietzscheano, quando eleva a crítica da razão em tal proposta a um limite pessimista e destrutivo<sup>46</sup>. O mais atual frankfurtiano diz mesmo que é arriscada tal proposta, e sobre o fundamento dessa crítica desenvolve a sua teoria da razão discursiva, que já mereceu atenções mais dedicadas e competentes na filosofia estudada na Universidade Estadual de Londrina.<sup>47</sup>

41 ADORNO. Op. Cit., p. 122-123.

42 Id. Ibid., p. 126.

43 ADORNO. Op. Cit., p. 19.

44 Ver nota 27.

45 HABERMAS. Op. Cit., p. 159.

46 DURÃO, A. B.; HANSEN, G. (Tese de doutoramento); SCHIAVON, G. H. B. (Pós-Graduação).

47 Ver nota 3.



É claro, também, que a crítica de Habermas a Adorno atinge o conceito de esclarecimento trabalhado por este último, levantando hipótese, nesta crítica acerca da necessária auto-certificação que a modernidade possui como elemento essencial. Tal assertiva de Habermas encontra respaldo na opção que Adorno adota para a sua vida, quando se retira do domínio da Razão Operativa para estudar, de forma misantropa até, somente música.

Não se ousa considerar a obra de um pessimista e a obra de outro utópica. Sob a luz dos fatos, atualmente, é de se considerar um sério problema a se resolver quanto à origem e quanto ao acesso ao poder. O direito como ciência normativa vê-se submetido a estudos de leis, normas e comportamentos gerados através da indústria cultural, que filtra, por meios racionais meramente operativos, quais os deveres e direitos os cidadãos deverão seguir e exigir. Retiram ou implementam legitimidade, antes mesmo que o comportamento ou a norma estabeleçam-se. Não é democrática, e despreza o discurso. Suplanta a vontade no sentido daquilo que tem de ser útil para o meio de produção. Lobotomiza os homens desde a mais ínfima idade, jogando-os na vala comum da mão de obra a ser explorada como reserva de mercado. É aparato de poder que não encontra controle efetivo. E que não se verá obrigada a tais controles, dado o ciclo vicioso de perpetuação das fontes normativas que gerou e explora.

#### 4 CONCLUSÃO

A cultura gerada pela arte de massas e pela indústria cultural é propícia à perpetuação de poder totalitário e não democrático. É criação antagonica e contrária à natureza humana, devendo ser vista como fundamento meramente operativo da razão.

Aborda os problemas humanos de maneira superficial e circunstancial, e negligencia os fundamentos mais clássicos da arte ocidental. Ironiza com os elementos conceituais simplificando-os e banalizando-os, quando não, deturpando-os. A indústria cultural escarnece da história, levando comportamentos modernos, artificial e maldosamente criados, aos mais vastos domínios do passado. Aquiles é relido como um arrogante e plenipotente grego, que nunca existiu na história grega real, a não ser na mitologia (como deus, ou herói). Jesus de Nazaré é fatiado vivo por romanos escarnecedores e cruéis, em um ritual incomum para a época e sem relato na história. Muçulmanos são satanizados e comparados ao próprio mal (Salman Ruschdie, escrevera “Versos Satânicos”!!, em 1990). E alquimistas, magos, Amazonas, elfos, trolls ganham o imaginário popular nos textos e nas telas como referência pedagógica e brilhantes exemplos de vida, tanto positivos quanto negativos.



A indústria cultural reduz todas as artes ao “moderno”, fechando um sistema auto-reprodutivo de mesmices bárbaras, como paradigma de conduta corriqueira e socialmente aceita. Colhem-se frutos, aqui e acolá de sua arrogância. Crimes canhestros, comportamentos limítrofes e psicopatias de ocasião são, entretanto, um resíduo aceitável da atividade industrial de cultura. Homens são, portanto, agora reduzidos a escravos felizes<sup>48</sup>, ou lixo.<sup>49</sup>

A época dominada pela indústria cultural é excessivamente energizada, gerando caos da mais comezinha compreensão, problema geo-político retratado por Ignácio Ramonet: “A velocidade deu um impulso espetacular à maioria das atividades humanas e, de forma singular, às atividades associadas aos transportes e à comunicação.”<sup>50</sup>

A hiperatividade dos meios de comunicação em massa não dá ensejo a discussões acerca da legitimidade das normas que ela estabelece e torna a normatividade, um sistema aberto e de heteronomia impossível de ser aquilatada, representando verdadeira barreira à busca da igualdade social.

---

48 BENJAMIN, W.; HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W.; HABERMAS J. **Textos Escolhidos** – Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril, p. 166-167.

49 *Outsiders*.

50 RAMONET, I. **Geopolítica do Caos**. Rio de Janeiro: Vozes, p. 47.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, T. W. **Dialética do Esclarecimento**: Fragmentos Filosóficos, com M. Horkheimer. (Trad.) Guido Antonio de Almeida. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1985.
- ARENDT, H. **Poder e Violência**. Muchen, Piper & Co. Verlag, 1970.
- ARISTÓTELES, A **Política**. (Trad.) Nestor Silveira Chaves, Rio de Janeiro: Ediouro Tecnoprint..
- BENJAMIN, W.; HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W.; HABERMAS J. **Textos Escolhidos** – Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril.
- BLOOM, H. (Org.) **Contos e Poemas para Crianças Extremamente Inteligentes de Todas as Idades** – Primavera. Rio de Janeiro: Objetiva.
- GRASSI, E. **Arte como Antiarte**: Teoria do Belo no Mundo Antigo. (Trad.) de Antonieta Scarabelo. (Rerv.) Dora Ferreira da Silva. São Paulo: Duas Cidades. 1975.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, J. **O Discurso Filosófico da Modernidade**: Doze Lições. (Trad.) Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- HERZ, D. **A História Secreta da Rede Globo**. Porto Alegre: Airton Ortiz. 1987.
- MARCUSE, H. **Eros e Civilização**. Rio de Janeiro: LTC Livros Técnicos e Científicos. 1999.
- NEGRI, A.; HARDT, M. I. São Paulo: Martins Fontes. 2004.
- PESSOA, F. **O Guardador de Rebanhos e Outros Poemas**. São Paulo: Círculo do Livro.
- RAMONET, I. **Geopolítica do Caos**. Rio de Janeiro: Vozes. 1997.
- SCHILLER, F. **A Educação Estética do Homem, em Uma Série de Cartas**. (Trad.) Roberto Schwarz e Márcio Suzuki. São Paulo: Iluminar. 2002,
- SODRÉ, M. **Teoria da Literatura de Massa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1978.
- TOLEDO, D. de O. (Org.). **Teoria da Literatura**. Formalistas Russos. (Trad.) Ana Mariza Ribeiro Filipouski; Maria Aparecida Pereira; Regina L. Zilberman e Antônio Carlos Hohlfeldt. 1973.



## O JUIZ E A DECISÃO POR EQUIDADE

*Adriana Aparecida Giosa Liger\**

### RESUMO

Estuda e analisa o papel do juiz, no processo civil, diante das decisões por equidade. Sistematiza as diversas acepções do termo equidade, tratando de sua natureza jurídica e examina os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil, necessários para uma melhor compreensão do tema. Demonstra a necessidade de se entender a equidade como critério facilitador de interpretação e aplicação de uma norma, tendo em vista o caso concreto. Ao final, ressalta a função jurisdicional, desenvolvida pelo juiz, como complemento da obra do legislador, restando superado o rigorismo lógico-formal presente nas decisões jurisdicionais.

**Palavras-chave:** juiz; equidade; hermenêutica; fins sociais; bem comum; discricionariedade judicial; decisão por equidade.

### ABSTRACT

It studies and analyzes the judge's paper, in the civil process, ahead the decisions for justness. It systematizes the several meanings of the term justness, dealing with its juridical nature and it examines the articles 4th and 5th of the Introduction Law of the Civil Code, necessary for a better comprehension of the theme. It demonstrates the need to understand each other justness as facilitative approach of a norm interpretation and application focusing the concrete case. At the end, it stresses the jurisdictional function, developed by the judge, as complement of the legislator work, remaining overcome the present logical-formal rigors in the jurisdiction decisions.

**Key words:** judge; justness; hermeneutic; social means, common good; judicial discretionary; decision for justness.

**Sumário:** 1 Considerações iniciais. 2 Acepções do termo equidade. 3 Natureza da decisão por equidade. 4 Os artigos 4º e 5º da LICC e a decisão por equidade. 5 O juiz e a decisão por equidade no processo civil moderno. Referências.

---

\* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada e Professora de Processo Civil e Prática Civil na Faculdade de Ciências Jurídicas de Presidente Prudente, mantida pela Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE.

## 1 Considerações iniciais

O interesse pela pesquisa do presente tema teve origem em colóquios do grupo de estudo, formado no Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste Paulista<sup>1</sup>.

O tema principal proposto foi o “papel do juiz no processo civil moderno”. O referido tema comportou subdivisões que objetivaram dar uma compreensão mais ampla da tarefa desse profissional nos dias de hoje. Assim os diversos componentes do grupo enfocaram a evolução histórica da figura do juiz; influência dos fatores ideológicos na sentença; a posição do juiz segundo o direito alternativo; uma nova visão da natureza jurídica da jurisdição a partir da arbitragem; os poderes instrutórios do juiz; o juiz e a efetividade do processo.

Ao lado dos temas acima citados, também foi abordado o tema “o juiz e a decisão por equidade”, que observando a tendência de intensificação dos poderes do juiz no processo atual, justifica a pesquisa e enriquece o tema principal do grupo.

## 2 Acepções do termo equidade

A expressão equidade é derivada do latim *aequitas*, de *aequus* (igual, equitativo). Para Pontes de Miranda<sup>2</sup>, a palavra é “apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação”. Palavra de extrema vaguidade, este conceito está intimamente relacionado às concepções jurídico-filosóficas, não havendo um consenso sobre ele<sup>3</sup>.

Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>4</sup> anuncia que a equidade se apresenta no plano jurídico com uma tríplice função: a equidade na elaboração das leis (espírito idealista); a equidade na aplicação do Direito e, finalmente, a equidade na interpretação.

---

<sup>1</sup> Trata-se de grupo de pesquisa liderado pelo Professor Dr. João Batista Lopes, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste Paulista.

<sup>2</sup> MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**, p. 213.

<sup>3</sup> DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**, p. 242.

“Isto é assim porque o termo “equidade” não é unívoco, pois não se aplica a uma só realidade, nem tampouco equívoco, já que não designa duas ou mais realidades desconexas, mas sim análogo, pois refere-se a realidades conexas ou relacionadas entre si”.

<sup>4</sup> LOPES, M. M. de S. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, p. 161.

O mesmo autor também conceitua equidade e esclarece que esse conceito envolve um sentido objetivo e subjetivo. No primeiro caso, a equidade teria um conceito externo ao Direito, designando um conjunto de princípios a ele preexistentes orientadores tanto da aplicação quanto da elaboração do Direito.

Etimologicamente, significa a adaptabilidade, a conveniência de uma norma à relação de fato, a sua correspondência com a natureza da própria relação, representativa do princípio da igualdade entre os homens: *aequitas* definiu Cícero, *quae paribus incausis paria fura desiderat*.

Nessa acepção a equidade tem sido entendida como direito natural em suas várias concepções. Já foi usada em sentido análogo ao de justiça (no Direito Romano, *aequitas naturalis* – a justiça absoluta ou ideal; *aequitas civilis* – elemento integrante da justiça absoluta aplicada pelos pretores), até se confundindo com ela. Outras vezes foi equiparada a caridade, ou bondade cordial, no abrandamento da interpretação da norma<sup>5</sup>.

No segundo caso, de natureza subjetivista, a equidade não estaria fora do Direito Positivo, mas um princípio a ele inerente. Como parte integrante do Direito permitiria ao juiz humanizar a regra jurídica, levaria em consideração as circunstâncias de cada caso, funcionaria de modo subsidiário, corretivo, supletivo, mas sem criar nova regra.

Na Grécia, Aristóteles que considerou a equidade numa concepção jusnaturalista, separou-a da justiça, ligando-a a idéia do justo natural. Ou seja, o equitativo é superior ao justo. É justo, mas não o justo segundo a lei, e sim a correção da justiça legítima. A equidade sana os defeitos oriundos da generalidade da lei.

São Tomás de Aquino retomou as idéias de Aristóteles<sup>6</sup> relacionando o conceito de equidade à razão de justiça. Como é sabido de todos não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos.

5 SILVA, De P. e. **Vocabulário Jurídico**, p. 180-181

“[...] a equidade não é justiça. Compõe o conceito de uma justiça fundada na igualdade, na conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios. Entretanto, por vezes, possui sentido mais amplo, mostrando-se um princípio de Direito Natural, que pode, mesmo, contrariar a regra de Direito Positivo”.

6 DINIZ, M. H. **As Lacunas no Direito**, p. 244.

“Essa concepção tomista que liga a equidade à razão de justiça e à utilidade comum, estabelece uma ponte entre os princípios da razão e as grandes e numerosas necessidades concretas da vida social. Essa equidade tomista está ligada ao direito natural.”

A análise da situação concreta, matéria prima para a interpretação é a responsável pelo acatamento de um determinado conceito. A isso se acrescenta a extrema relatividade do conceito de justiça, amplamente permeado pelos valores presentes na sociedade no momento da efetiva interpretação para definição do conceito de equidade. Durante toda era medieval, prevaleceu esse conceito aristotélico-tomista. No absolutismo, o príncipe passou a ser considerado como a equidade personificada<sup>7</sup>.

O racionalismo jurídico trouxe uma nova concepção de direito natural, onde a equidade é considerada razão absoluta, pois Deus é fonte de toda razão e justiça. Outros enxergaram no conceito de equidade certa mutabilidade, ou, que equidade é conceito empírico, relativo e subjetivo. Também já foi conceituada no terreno ético. Outros a identificaram com os princípios gerais do direito. Muitos entendem que a equidade é a justiça do caso concreto. A equidade também já foi aplicada no sentido de jurisprudência.

Para outros, ainda, a equidade pode ser tida como um momento psíquico na elaboração do direito. Trata-se do uso do bom senso ou adaptação razoável da lei ao caso concreto. É a consciência da idéia do justo que gradativamente vai formando a sociedade.

Vale lembrar, na Lição de Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>8</sup>, que a equidade no Direito Romano desempenhou papel de importância, numa atividade criadora, manifestando-se na jurisprudência pretoriana. Com a queda do império a equidade minimizou importância. A tendência foi diminuir a sua importância e aumentar o respeito às leis romanas. Porém, a equidade perdeu terreno no direito comum, mas avançou no direito mercantil. Nesse contexto, o autor concluiu que ela se desenvolveria presa aos limites legais.

---

7 DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**, p. 245.

“Com o advento do racionalismo jurídico, que se fundava numa nova concepção de direito natural, a equidade voltou a ser equiparada a este, em suas várias acepções: ao direito justo de Stammler; ao direito natural progressivo de Renard; à natureza dos fatos de Asquini; às normas de cultura de Max Ernst Mayer; à suprema norma de todas as leis e justiça ou ao conjunto de princípios superiores e invariáveis, concebidos pela razão humana, depositados por Deus na consciência humana como parte necessária dela”.

8 LOPES, M. M. de S. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, p. 163-164.

“A necessidade da certeza do direito prevalece sobre toda e qualquer consideração e exige que a equidade torne a ser a serva do intérprete, presa à lei, perdendo o caráter de legisladora que aparentemente possuía”.

8 SILVEIRA, A. Apud DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**, p. 249.

Essas diversas concepções da equidade despertaram em alguns doutrinadores a preocupação com sua classificação, que viesse a compreender toda extensão possível do termo. Alípio Silveira<sup>9</sup> apresentou a equidade em três dimensões, quais sejam: *latíssima* – como princípio universal da ordem normativa, observando a conduta humana no aspecto religioso, moral, social ou jurídico, como suprema regra de justiça que os homens devem obedecer; *lata* – onde a equidade se confunde com a idéia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios do direito, com a idéia do direito, com o direito natural em todas as suas significações; e *estrita* – quando efetivamente aplicada na interpretação, na integração, individualização judiciária e adaptação.

A equidade, independente das diferentes concepções, serve à hermenêutica e à aplicação do direito. A moderna interpretação do direito auxilia o alcance das disposições legais conforme o interesse da sociedade no momento considerado. Esta é a justificativa da longevidade do Direito Romano, pois a equidade foi aplicada como princípio basilar de suas interpretações<sup>10</sup>.

Por fim, a equidade na visão aristotélica-tomista apresenta proximidade com os dizeres do artigo 1º do Código Civil Suíço que prescreveu que, na falta de lei e de costume, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador, esclarecendo que Aristóteles pregava a absoluta submissão do magistrado à lei, pois entendia perigoso decidir por equidade frente ao ambiente de corrupção que reinava na época<sup>11</sup>.

Eduardo Espínola<sup>12</sup> frisa que a Lei de Introdução ao Código Civil, com muita técnica, deixa claro que a equidade não é fonte do direito, pois, enumerando os elementos da integração da ordem jurídica, manda que o aplicador, na omissão da lei, utilize a analogia, ou recorra às duas fontes subsidiárias – o costume e os princípios gerais do direito (art. 4º). E, ainda, o art. 5º, da LICC, considera a equidade como capacidade que a norma tem de, atenuando o rigor da lei, adaptar-se ao caso concreto.

10 BITTAR, E. C. B. **A Justiça em Aristóteles**, p. 128.

“A necessidade da aplicação da equidade decorre do fato de que as leis dizem genericamente e para todos, sem diferenciar todas as sentenças que possam existir na esfera dos fenômenos, de modo que surgem casos para os quais, se aplica a lei (*nómos*) em sua generalidade (*kathólou*), estar-se-á a causar uma injustiça por meio do próprio justo legal. Exatamente para superar os problemas decorrentes da impossibilidade de haver uma legislação minimamente detalhista e futurista é que existe o *équo*.”

11 MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**, 213.

“A referência a equidade aparece no direito brasileiro, com a Constituição de 1.934. O Código Civil, no art. 7º da Introdução, dela não cogitara, se bem que, no direito anterior, certos critérios interpretativos chegassem aos mesmos resultados”.

12 ESPINOLA, E.; ESPINOLA FILHO, E. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**, p. 189-193.



Essa posição importa, pois, o Código de Processo Civil de 1.939 tinha um dispositivo verdadeiramente infeliz, pela sua redação, qual seja, o artigo 114, segundo o qual o juiz aplicará a norma, que estabelecerá se fosse legislador, quando for autorizado a decidir por equidade. É preciso evitar a má compreensão do dispositivo. Ou seja, fora dos casos em que a lei lhe confere faculdade expressa, não possa o juiz decidir com equidade.

O autor registra<sup>13</sup> que o contexto sociológico-político influi nos limites da decisão por equidade fazendo o juiz escravo da lei. Assim, ela corresponde ao sentimento, o modo de tratar uma relação prática, que se torna justo, pela sua própria natureza, com a tendência, sempre, para o brando, para o moderado, para o humano.

## 2 Natureza da decisão por equidade

Interessante notar como Carlos Maximiliano<sup>14</sup> se refere à equidade, registrando seu conceito subjetivo, porém não deixando de anunciar a tendência do conceito objetivo. Este é o porquê de funcionar como auxiliar da hermenêutica e da aplicação do direito, pois não é revelada apenas pelas inspirações da consciência e da razão natural, mas pelo estudo atento dos textos de lei, dos princípios da ciência jurídica e das necessidades sociais. Portanto, não se recorre à equidade sem lacuna a suprir, ou sem necessidade de procurar o sentido e o alcance da disposição legal. Ou só se recorre a ela para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana. Esse foi o limite assinalado pelo STF para a aplicação do instituto.

---

13 ESPINOLA, E.; ESPINOLA FILHO, E. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**, p. 191. “Assim entender o artigo 114 do Código Processual de 1.939 como reduzindo a faculdade do juiz, de decidir por equidade, aos casos, em que seja a isso autorizado por lei, representará um regresso extraordinário e reprobabilíssimo do direito pátrio, o que basta para repelir tal entendimento, como chocante com o sistema geral do Código e com sua claríssima finalidade prática, pois o que se verifica é que, aumentando sensivelmente a liberdade do juiz, na formação da prova e na direção do processo, falando mesmo na sua faculdade de aplicar a norma, que estabelecerá como legislador, o moderno estatuto quer um juiz esclarecido, adiantado, e não o será, seguramente, aquele que, indiferente aos reclamos da equidade, fizer uma mecânica e desalmada adaptação das normas jurídicas, desatendendo às circunstâncias e singularidades do caso concreto, sob o injustificável pretexto de que não está legalmente autorizado a decidir com equidade”.

14 MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 173.

“Fruto de condições especiais de cultura, noção de justiça generalizada na coletividade (*jus naturale, aequum, bonum*), idéia comum do bem predominante no seio de um povo em dado momento da vida social; a Equidade abrolhou de princípios gerais preexistentes e superiores à lei, da fonte primária do Direito. É subjetivo e progressivo, porém não individual, nem arbitrário; representa o sentir do maior número, não o do homem que alega ou decide. Entretanto se não pode prescindir, em absoluto, do coeficiente pessoal; não se evita que o indivíduo que inquirir e perscruta, embora empenhado em agir com isenção de ânimo em realizar a justiça dentro dos moldes traçados pelos Códigos e pelos costumes, sofra o ascendente, quase imperceptível para ele das suas preferências teóricas; entre duas soluções possíveis se incline para a que melhor se coaduna com os seus pendores morais, anelos, preconceitos. A idéia sofre a influência do órgão por meio do qual passa da abstração à realidade prática”.

Como já explicitado a vontade do legislador não esgota a tarefa do intérprete. Diante do caso concreto, havendo necessidade de se buscar o sentido ou o alcance da disposição legal, o aplicador do direito, invoca o auxílio da equidade. Quando se apregoa que à vontade do legislador deve subordinar-se à vontade da lei, a referência metafórica quer na verdade apontar as normas mais gerais e basilares que orientam o direito, ou seja, os princípios, nas idéias jurídicas fundamentais. Ressalte-se que não apenas a lógica formal ou silogística movimentam os princípios, mas a “lógica do razoável”. Nesse contexto, a equidade é equiparada aos princípios. Pois não é regra concretamente existente, mas concepção adotada nas consciências dos operadores do direito, que buscam a pacificação social tendendo aos fins sociais. Assim a natureza da equidade se mostra como fundamento genérico disponível nas hipóteses em que haja necessidade de se encontrar o real ou verdadeiro significado, do caso singular.

### 3 Os artigos 4º e 5º da LICC e a decisão por equidade

A Lei de Introdução ao Código Civil com objetivo, dentre outros de facilitar a aplicabilidade das normas existentes no ordenamento, encampa o prescrito pelos artigos 4º e 5º da referida norma, que respectivamente expressam: “art.4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; “art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”; e que implicitamente admite a equidade.

Observando as regras, acima apontadas, comunga-se com os que aceitam um sistema jurídico aberto diferente do afirmado por Hans Kelsen, e justificado na frase: “tudo que não está juridicamente proibido está permitido”<sup>15</sup>.

A equidade, implicitamente admitida pelos referidos comandos normativos, concebe o direito em toda sua dinâmica. Essa realidade dinâmica acompanha as relações humanas, modificando-as e adaptando-as às novas exigências da vida. Para o efetivo uso dos instrumentos colocados à disposição, principalmente do julgador, necessário uma omissão da norma.

---

15 DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, p. 92.

Quando essa situação ocorre (omissão da norma), primeiramente o juiz tenta fazer uso da analogia (aplicar norma semelhante); persistindo a lacuna, pode o julgador fazer uso do costume (*secundum legem, praeter legem e contra legem*); ainda, persistindo a lacuna, o magistrado poderá utilizar os princípios gerais de direito (como, por exemplo, o art.85 do CC; art. 5º, II, CF/88; bem como, os princípios da moralidade; igualdade de direitos e deveres diante do ordenamento jurídico; proibição de locupletamento ilícito<sup>16</sup>, dentre outros). Porém, se ainda, assim, persistir a lacuna, o magistrado estará autorizado a utilizar o recurso da equidade.

A eventual solução dada a determinado caso não tem o condão de extirpar a lacuna, mas apenas resolver a referida questão, por isso o sistema jurídico é tido por aberto. A equidade para muitos doutrinadores, dentre estes Maria Helena Diniz<sup>17</sup>, não se confunde com qualquer das fontes de direito supletivas mencionadas no art. 4º, da LICC.

Assim, a equidade não se equipara à analogia, costume, ou princípios gerais do direito; mas diferente, adaptando, integrando ou interpretando, objetiva os fins sociais e o bem comum, por isso, igualmente implícita no art. 5º da LICC.

Tendo em vista que a interpretação da norma, por buscar os fins sociais e o bem comum, congrega não só o aspecto normativo, como também o sociológico e o valorativo, na hermenêutica e aplicação do direito importa a participação do julgador. Assim, a decisão judicial além das exigências legais deverá atender aos fins sociais e axiológicos do direito<sup>18</sup>.

Nesse contexto é questionável a discricionariedade judicial. Salienta-se que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A decisão do magistrado é condicionada pelo sistema jurídico abaixo de seus subconjuntos (fato, valor e norma). A liberdade do julgador é garantida nos limites da ordem jurídica, ultrapassando esses limites incorre o julgador em abuso de direito.

---

16 DINIZ, M. H. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**, p. 126.

17 Id. *Ibid.*, p. 129.

18 SILVEIRA, A. *Hermenêutica no direito brasileiro*. 1. v., São Paulo: RT, 1.968, p. 67, apud KOHLER. "Interpretar é escolher, dentre as muitas significações que a palavra possa oferecer, a justa e a conveniente. Por isso mesmo, a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada até os seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançar os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação".

A análise das normas comentadas (arts. 4º e 5º LICC) traz a necessidade de compreender o real sentido dos disposto nos artigos 126 e 127 do CPC vigente. O artigo 126 do CPC impõe o dever da prestação jurisdicional, ou a proibição do juiz pronunciar o *non liquet*. O sistema da legalidade apontou o juiz como submisso às leis (Estado Democrático de Direito), quando estas ofereçam soluções. O artigo 127 do CPC expressamente limita a equidade aos casos admitidos pela lei. A antiga idéia de que o juiz deve aplicar o direito ao caso concreto, sendo-lhe vedado substituir o legislador, pois tal postura é incompatível com o sistema da tripartição dos poderes, hoje abalada. Diferente, no art.114 do CPC de 1.939, Pontes de Miranda, ao comentar referido artigo, registra que a equidade só deve ser utilizada quando lei expressamente autorizar<sup>19</sup>.

Entretanto, hoje o art. 127 do CPC é a regra formal estabelecida para o processo comum. Porém a realidade parece fazer letra morta à referida formalidade, pois, considerando as dimensões fáticas e valorativas, impossível pensar num fenômeno jurídico estático.

Ademais, nos juizados especiais e procedimentos de jurisdição voluntária, vê-se a exceção ao art. 127 do CPC. Por exemplo, o art. 1109 do CPC, o juiz não é obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna<sup>20</sup>.

Por fim, o art. 335 do CPC acrescenta algo mais ao art. 126 do CPC, pois o juiz, mesmo aplicando as leis, deve observar as regras de experiência (o que comumente acontece), pois o intérprete se pauta pelas garantias da justiça insculpidas na CF/88.

---

19 MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**, p. 218.

“O Código no art. 114, não diz quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. Portanto, para que o art. 114, que à equidade alude, incida, é preciso que alguma lei diga: ‘resolvendo por equidade o juiz’, ou ‘de acordo com os princípios de equidade’, ‘decidirá equidosa mente’. Sem isso, não cabe invocar-se o art. 114 (cf. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1.951, R.F., 139,131)”.

20 DALL’GNOL, A. **Comentários ao código de processo civil**, p. 127.

“O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já dispôs: A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de subsistir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando que se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução (RSTJ 83/168)”.

Ademais, Carlos Aurélio Mota de Souza<sup>21</sup>, ao escrever sobre o Direito Alternativo e Equidade, enfoca o momento atual do Processo Civil, frisando que o conceito subjetivo de equidade (onde o juiz não é legislador) presente no atual momento, tenciona forte aproximação ao conceito objetivo de equidade (algo externo ao Direito, designando um conjunto de princípios a ele preexistentes, orientando a elaboração e aplicação do Direito, mantendo relações com o direito natural, a justiça e a moral).

E, por fim, defende a idéia de que o juízo de equidade não é um mero contestador da ordem jurídica, mas um sadio opositor do positivismo dogmático-legalista, que o Direito contemporâneo já não admite. E, nesse passo, salienta a evolução de uma autêntica Escola Alternativa do Direito.

#### **4 O juiz e a decisão por equidade no processo civil moderno**

A norma em si é uma generalidade, uma potencialidade, referindo-se a uma série de casos indefinidos. Percebe-se uma distância ou oposição entre as normas jurídicas e os fatos. Porém não insanável. A interpretação se dá pela fixação de tipos. A norma visa ao que mais freqüentemente ocorre, estabelecendo uma média de conduta.

A importância do recurso à equidade ocorre como critério de interpretação e aplicação de uma regra em vigor. Alípio Silveira<sup>22</sup> afirma que o julgador, em face do caso concreto, pode apresentar três posturas, quais sejam:

- a) aplicação mecânica da lei (aplicação lógico-formal);
- b) adaptação da lei ao caso concreto (afasta o rigor lógico-formal para alcançar o sentido vivo da norma);
- c) criação ou produção de novas regras (diante de casos insolúveis pela analogia, pelos costumes e princípios gerais do direito).

---

21 SOUZA, C. A. M. de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**, p. 262-263.

“[...] houve uma ampliação qualitativa da regra do artigo 5º da atual Lei de Introdução, alinhando a equidade ao bem comum e à finalidade social da lei, como reconhecimento doutrinário, nunca tardio, da relevância da equidade como critério, regra ou instrumento da justiça, que existe desde sempre e está à disposição do juiz, para uma ampliação mais justa do Direito”.

22 SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**, p. 244.

Ao apresentar a equidade no processo civil moderno não se pode deixar de compreender a acepção adotada para o termo “discricionariedade”.

No processo civil moderno essa expressão não é utilizada apenas como sinônimo de atividade interpretativa, ou, apenas exercício de conveniência e oportunidade.

Eduardo Talamini<sup>23</sup> ensina aos operadores do Direito que a discricionariedade é instrumento que a ordem jurídica lhe outorga para que possa cumprir de modo mais adequado possível suas atribuições. Portanto, haverá discricionariedade por parte do juiz quando ocorrer à escolha de um entre vários meios atípicos de efetivação da tutela, e, mesmo assim, nas hipóteses e dentro dos limites estabelecidos de modo não discricionário.

É inevitável concluir que a discricionariedade esteja encampada pelo princípio da proporcionalidade. E, ainda, no esclarecimento dado por Karl Larenz<sup>24</sup>, “o princípio da proporcionalidade exige uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação”.

A ponderação ou o sopesar são efetivados diante do caso concreto. Assim, a tendência do processo civil moderno é a intensificação do uso da equidade, com discricionariedade, observando o princípio da proporcionalidade.

Necessário observar a presença no ordenamento de normas rígidas e normas flexíveis. Nas primeiras, a interpretação é lógico-formal, e, nas segundas, percebe-se a adaptação da norma ao caso concreto, segundo critérios valorativos e jurisprudenciais e não simplesmente lógico-formais, aplicando o justo razoável.

Isso significa uma alteração de sistemas, saindo do fechado e entrando numa sistematização aberta que permite outra opção metodológica. É possível exemplificar, por meio da nova sistemática adotada pelo Código Civil em vigor, adotando uma ordem jurídica de axiológica ou teleológica de princípios gerais, que oferecem ao intérprete maior possibilidade de criação do Direito nos casos concretos que se apresentam.

---

23 TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**, p. 387.

“[...] o juiz não é livre para, ao seu mero talante, considerar uma medida ‘necessária’ ou não para obtenção do resultado específico; no entanto, o universo de medidas ‘necessárias’, ao qual se chega por atividade vinculada (não discricionária), pode abranger mais de uma providência que constitua solução ótima para o caso concreto. É dentro desse universo, vinculativamente determinado, que, conforme a situação concreta, pode surgir um âmbito de atuação discricionária”.

24 LARENZ, K. Apud MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. Paulo: Malheiros, 1998, p. 173.

Nas palavras de Roscoe Pound, citado por Alípio Silveira<sup>25</sup>, a justiça exige que, em lugar de se adaptar o caso à regra, adapta-se a regra legal ao caso. Hoje se reconhece pacificamente à importância da intuição do julgador ou da valoração ética e político-social do caso *sub judice*, feita pelo magistrado<sup>26</sup>. O juiz completa a obra que o legislador começa ao redigir a norma. No processo civil moderno superada está a teoria da subsunção, ou do rigorismo lógico-formal. O sistema jurídico posto é observado segundo o princípio da legalidade, porém a dinâmica social igualmente é observada, quando o direito visa à pacificação social.

As diversas mudanças legislativas advindas especialmente com as leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, que modificaram o Código de Processo Civil, tendem a fortalecer os poderes do juiz, almejando um processo de resultados, ou aproximar o máximo possível do processo civil pensado na CF/88.

A contínua tendência da evolução do processo civil busca, com mais frequência, o auxílio à equidade. Notadamente, a Lei 10.406/02, que instituiu o Código Civil Brasileiro, na maioria de seus artigos, traz expressões genéricas e lacunosas, deixando a critério dos juízes a adequação ao caso concreto, tendo por objetivo a realização da justiça. Portanto o juiz, no processo civil moderno, embora limitado pelo sistema adotado no direito pátrio, tem à mão vários recursos para dar vida à norma diante do caso singular, buscando alcançar os fins sociais e o bem comum. Dentre esses recursos têm-se a equidade, que como explicitado no texto, ora transcrito, visa a essa adequação nos limites legais.

Interessante, por fim, registrar o pensamento de José Eduardo Carneira Alvim<sup>27</sup>, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que diante da conhecida e prolongada crise do judiciário apresenta como solução uma **justiça municipalizada**.

25 SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**, São Paulo: RT, 1968, p. 247, apud POND, R.

26 SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**, p. 250.

“Esse grande magistrado (Orosimbo Nonato) figura entre os nossos pioneiros na introdução dos modernos métodos de interpretação e aplicação das leis. Há um quarto de século, em notável conferência, depois de acentuar que o absolutismo dos direitos individuais ia cedendo lugar ao princípio da relatividade dos direitos e de sua vocação social, acrescentava: ‘Reclama-se para o juiz moderno quase que a função do legislador de cada caso e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.’” (Aspectos do Modernismo jurídico. **Revista Forense**, v. 56, p. 15).

27 ALVIM, J. E. C. **Autonomia de uma justiça municipalizada**, Disponível em:

<<http://usuarios.uninet.com.br/jedal>>.



Explicita que para se resolver o problema do “decesso” da justiça (a saída dos processos dos tribunais ou justiça de 1º grau), cada município deveria contar com um juizado informal – justiça leiga, que atuaria no âmbito do respectivo município, sendo de responsabilidade do Estados-membros, criados com fundamento no art. 24, X, da CF/88, que apenas versaria questões sobre causas que admitissem transação ou que pudessem ser resolvidas com base na equidade.

Salienta que a justiça togada encontra-se em situação crítica. Adverte que não tem futuro o culto ao bacharelismo e reconhece um elo natural entre a justiça e os jurisdicionados. A solução dos conflitos se daria mais pela força moral que pessoas probas, confiáveis, conhecidas da comunidade, que exerceriam sobre as partes litigantes, que pela simples atuação da lei.

Ressalta que esses juzizados informais conviveriam em perfeita harmonia com os juzizados de pequenas causas, ou com os atuais juzizados especiais cíveis e criminais, ventilando, inclusive, a hipótese de repriminção dos juzizados de pequenas causas, já que os juzizados informais municipais estariam sob a condução do juiz leigo e do árbitro.

Reforça a idéia da justiça necessária e da justiça possível. Conclui que o problema da justiça é de ordem estrutural e não conjuntural. Portanto as reiteradas reformas não devem implicar em solução para os problemas do judiciário. Por fim, conclui que a equidade deve estar presente no âmbito dos juzizados informais, porque significa a justiça do caso concreto, e ao âmbito da justiça comum, restando aplicar as diretrizes apresentadas pelo direito positivo.

Radical e intrigante a proposta de José Eduardo Carreira Alvim, porém reconhece que a justiça, estruturalmente como é apresentada hoje, é considerada *démodé* para a sociedade hodierna. Em seu pensamento o ponto mais intrigante é o radicalismo ao relegar apenas aos juízes leigos o instrumento da equidade. Particularmente, nesse aspecto é preciso levar o leitor a refletir sobre todo o artigo, ora apresentado, e decidir entre o dogmatismo lógico-jurídico e a humanização das decisões dentro dos limites estabelecidos pelo Direito Pátrio.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. C. Autonomia de uma justiça: justiça municipalizada, artigo ainda não publicado, cedido pelo próprio autor.
- DALL'AGNOL, A. Comentários ao código de processo civi, v. 02, São Paulo: RT, 2000.





- DINIZ, M. H. **As lacunas no dirieto**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2. ed., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 1.996.
- ESPINOLA, E; ESPINOLA FILHO, E. **A lei de introdução ao código civil brasileiro, atualizada por Silva Pacheco**. 1.995.
- LOPES, M. M. de S. **Comentários à lei de introdução ao código civil**, I. 2. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1.959.
- MARINONI, L.G.; ARENHART, S. C. **Comentários ao código de processo civil**, v. 5, tomo I, São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 4. ed. ver. e amp. São Paulo: Malheiros, 1.998;
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.996.
- MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Tomo II. São Paulo: Revista Forense, 1.958.
- SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**. 1. v. São Paulo: RT, 1.968.
- SOUZA, C. A. M. de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1.996.
- TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC**, art. 461; CDC, art. 84, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



## AS PERSPECTIVAS PRINCIPIOLÓGICAS DO DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO E A NOVA ORDEM LEGAL

*Henrique Afonso Pipolo\**

*Anderson de Azevedo\*\**

### RESUMO

Com o ingresso da nova Lei de Falências em nosso sistema jurídico (Lei nº 11.101/05), não houve apenas a alteração do processo falimentar e a instituição do inédito instituto da recuperação empresarial. Dando continuidade à evolução do direito falimentar, que acompanha o desenvolvimento da própria sociedade, vê-se, na recente ordem, a adoção de um fundamento totalmente novo, voltado não para a eliminação da empresa em crise, mas para a eleição de instrumentos que propiciem a continuidade do negócio, objetivando proteger o emprego, a atividade produtiva e a arrecadação tributária. Os princípios informadores da nova lei de falências e recuperação empresarial constituem-se em marco de um novo tempo no direito falimentar brasileiro.

**Palavras-Chave:** direito falimentar; evolução; nova lei de falências; recuperação empresarial; princípios informadores.

### ABSTRACT

With the introduction of the new bankruptcy law in our Judicial System (law number 11.101/05), there was not only the alteration of the bankruptcy process but a new order for commercial recuperation. Continuing with the evolution process of bankruptcy laws, that accompanies the development of society, one can now see, the adoption of a completely new basis for bankruptcy, which does not put emphasis on eliminating the business in crisis, rather it looks for ways that can make it prosper again by protecting jobs, tax collection and productivity. The basis for the new bankruptcy law and commercial recuperation are considered and a new and bright beginning for Brazil's Commercial Law.

**Key-Words:** bankruptcy law; evolution; new bankruptcy law; commercial recuperation; legal basis.

\* Professor de Direito Empresarial da UNIFIL, Professor de Direito Comercial da FACCAR e Professor de Prática em Direito Civil na UEL e advogado em Londrina – Paraná.

Mestrando em Direito Negocial na UEL

Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL).

\*\* Professor de Direito Comercial na FEMA e Professor de Prática em Direito Civil e Penal da FACCAR

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Noções Elementares e Evolução do Direito Falimentar. 3 Razões para a reformulação Legislativa. 4 O Conteúdo do Novo Texto, os princípios Informadores e a Estrutura da Nova Lei. 4.1 O Conteúdo do Novo Texto. 4.2 Os Princípios Informadores. 4.2.3 Princípio da proteção aos trabalhadores. 3.2.4 Princípio da celeridade e eficiência dos processos judiciais. 4.2.5 Princípio da participação dos credores. 4.2.6 Princípio da valorização dos ativos do falido. 4.2.7 Princípio do rigorismo penal. 4.3 A Estrutura da Nova Lei. 5 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

A antiga ordem falimentar brasileira (Decreto-Lei nº 7661/45) foi revogada pela Lei nº 11.101/05. A nova Lei de Falências, em que pese o epíteto popular, não apenas regulamenta o processo judicial de quebra de sociedades empresárias, mas também inova no sistema jurídico pátrio ao permitir, desde que observados requisitos legais, a recuperação judicial ou extrajudicial de empresas, atendendo, dessa forma, antigo pleito social.

A nova ordem tutela, de forma cuidadosa, procedimentos que objetivam a reestruturação econômica de empresas que, momentaneamente, estão passando por crises financeiras, possibilitando a manutenção da atividade produtiva, em prol não apenas do empresário, mas, sobretudo, dos interesses sociais intimamente ligados às atividades dos empregados, funcionários, credores e Estado.

Toda a reestruturação normativa acima indicada teve por fundamento princípios que podem ser percebidos pela análise cuidadosa dos dispositivos da Lei nº 11.101/05. Portanto a principiologia da nova ordem falimentar é parâmetro para a interpretação e efetiva aplicação dos artigos da lei recentemente criada.

Dessa forma, o presente estudo tem por objetivo apresentar, de maneira breve, algumas considerações sobre a evolução do direito falimentar, bem como dos princípios que servem de substrato para a nova ordem e a estrutura da Lei.

Ressalte-se apenas que a inexistência de posicionamentos científicos doutrinários, de fontes bibliográficas e de manifestações jurisprudenciais consolidadas sobre o tema, impossibilita pesquisa mais densa, por ser a legislação em apreço ainda recente no sistema jurídico brasileiro.

## 2 Noções elementares e evolução do direito falimentar

A expressão “falência” tem sua origem do termo latino “fallere”, e significa “falsar”, “enganar”, relacionando o estado de insolvência mercantil à fraude, ao engodo, ao golpe. Em verdade, a palavra “falido” traz consigo a carga negativa do fracasso, do insucesso na administração do negócio, da incapacidade de gestão empresarial.

Porém a análise das sínteses doutrinárias, sobre a evolução desse instituto e a constatação inevitável de que hodiernamente o sucesso da empresa é tão dependente de fatores macroeconômicos quanto do esforço pessoal do empresário, ou dos responsáveis pela sociedade empresária, exige uma releitura da etimologia do termo “falência”, bem como de sua reavaliação quando aplicada à pessoa do falido.

A evolução do direito falimentar pode ser visualizada em etapas segmentadas por alguns marcos históricos. Constituído-se a falência como consequência da insolvência, a origem do seu estudo está no direito romano. Antes mesmo de possuir um caráter exclusivamente mercantil, o descumprimento das obrigações, naquele tempo, importava em responsabilidade pessoal. O legislador romano, inspirado nas antigas codificações de caráter religioso, permitia ao credor apropriar-se do próprio corpo do devedor insolvente, reduzindo-o à condição de escravo. E, no caso da existência de pluralidade de credores, a regra determinava o esquiteamento e a divisão do corpo do devedor em favor dos credores, segundo a proporcionalidade dos créditos existentes.

Essa primeira fase embrionária do direito falimentar é interrompida pela *lex preterita papira* (428 a.C.) que inseriu, no direito ocidental, a noção de responsabilidade patrimonial, extirpando do direito romano a punição corporal pelas dívidas civis.

Ainda na antigüidade clássica, a fim de propiciar a satisfação dos débitos contraídos, o direito evoluiu consagrando o instituto da *bonorum venditio*, que atribuía a um determinado credor a responsabilidade pela arrecadação dos bens do devedor e a competente partilha entre os credores. Entretanto, sem um mecanismo de fiscalização efetivo deste procedimento de partilha, as fraudes eram constantemente perpetradas, com o beneficiamento de determinados credores em detrimento de outros.

Instituiu-se, então, uma missão para o pretor romano. Foi a *missio in bona*, de 643, que se caracterizava pela atuação direta do magistrado no procedimento de liquidação do patrimônio do devedor. O magistrado escolhia o responsável (*curator*) pela arrecadação e partilha de bens e fiscalizava a sua atuação. Também, como forma de mitigar as fraudes praticadas entre credores, instituiu-se o princípio da *par conditio creditorum*, ou como se denominou, o concurso creditório, que estabelecia critérios de paridade e proporcionalidade entre os credores quando da divisão do patrimônio restante do devedor. Esse princípio vige até hoje como corolário do procedimento falimentar. Assim, nesse segundo período, a intervenção do Poder Público, no processo de responsabilização do devedor pela suas dívidas, ainda que escassa, é a principal marca.

Quanto ao período histórico medieval, há divergência na doutrina sobre a evolução do instituto. Segundo Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro<sup>1</sup>.

a idade média não logrou novidades significativas no campo do direito, até porque o sistema medieval de descentralização e quebra do poder central não se compatibiliza com a idéia de Estado e de produção normativa geral. A doutrina relata que permanece a aplicação do direito romano, mas interpretado de forma ainda mais severa, inclusive revigorando-se a prática de condenação à morte do insolvente, que se generaliza.

Posicionamento diverso é o de Amador Paes de Almeida<sup>2</sup> quando escreve que:

na idade média, (...), a tutela estatal assume especial relevo, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária. O concurso creditório é rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade de os credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor, atribuindo-se ao juiz a função de zelar, por que se guardasse e vendesse, partilhando-se o produto entre os credores'. É nessa época que o concurso de credores se transforma na falência, quando o comércio, sobretudo o marítimo, atinge extraordinária expansão nas cidades italianas.

José Hamilton de Magalhães<sup>3</sup> comunga da relevância do estudo do período medieval na evolução do direito falimentar, já que o surgimento da noção de interesse público da insolvência e de seus efeitos ocorreu justamente nesse período, passando o Estado a publicizar as regras referentes à execução coletiva, condicionando-se a atuação dos credores à rigorosa disciplina judiciária.

Cita-se o direito italiano como fundamental na evolução do direito falimentar nessa época, mas a doutrina não aponta uma marca distintiva do período, além dessas referidas. Nesse tempo, o falido ainda é tido como um delituoso, um fraudador, um golpista. A culpa imperava sobre este e a desonestidade era o único atributo que poderia ser impingido sobre a figura do devedor insolvente.

1 BERTOLDI, M. M.; RIBEIRO, M. C. P. **Curso Avançado de Direito Comercial**, 160.

2 ALMEIDA, A. P. de. **Manual das Sociedades Comerciais**, p. 4.

3 MAGALHÃES, J. H. de. **Direito Falimentar Brasileiro**, p. 5.

É com o Código Comercial Francês (1807), já na modernidade, que o direito falimentar é definitivamente jurisdicizado, sob a égide da positivação que se difundia pela Europa. Antes de Napoleão, porém, já era possível verificar a formalização do regramento de mecanismos de controle do procedimento de arrecadação e partilha de bens do devedor e uma relativa evolução no direito falimentar. As Ordenações Filipinas (1603), por exemplo, à sombra do terremoto que abalou a estrutura econômica de Portugal no século XVII, passaram a reconhecer a influência de fatores impessoais determinantes da insolvência mercantil, distinguindo o tratamento da quebra casual, ou sem culpa, da falência dolosa, ou criminosa. Essas Ordenações que vigiam sobre o Reino de Castela, abrangendo Portugal e Espanha, também eram aplicadas no Brasil Colônia.

Por outro lado, as Ordenações Francesas (1643) introduziram o critério da *par conditio creditorum* no procedimento de execução concursal dos devedores franceses.

Posteriormente, o Brasil passou um regramento próprio, promulgado pelo Marquês de Pombal: o Alvará de 13 de novembro de 1756. Mas foi o Código Napoleônico (1807) que congregou os pilares do atual direito falimentar, diferenciando os atos de comércio dos atos civis, reservando definitivamente o procedimento concursal de insolvência mercantil apenas para comerciantes, abrandando os efeitos da falência casual e imputando a condição de criminoso no caso da quebra dolosa ou fraudulenta. Nesse período, portanto, visualiza-se uma terceira etapa marcante na evolução do direito falimentar.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 adotou a teoria dos atos de comércio, de inspiração francesa e trouxe nos arts. 797 a 911 a regulamentação das quebras, sucedida por uma série de decretos<sup>4</sup> que iam amoldando o procedimento de falência às peculiaridades do comércio em constante evolução, até a promulgação do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, a “Lei de Falências” recentemente revogada.

A partir de então, a evolução do direito falimentar acompanha a própria evolução do direito comercial. Mas ambos encontravam suas bases na teoria dos atos mercantis, que discriminava, via disposição legal, as práticas ou atos qualificadores da condição de comerciante. No Brasil, essa disposição foi registrada pelo Decreto n. 737/1850. Em consonância com essa doutrina, o Decreto-Lei n. 7.661/45 dispunha que falido era “o comerciante” que, sem relevante razão de direito, não pagasse no vencimento obrigação líquida, constante de título executivo que legitimasse a ação executiva (art. 1º) ou que praticasse determinados atos descritos nos sete incisos do art. 2º.

---

4 Segundo Amador Paes de Almeida, entre o antigo Código Comercial de 1850 e o Decreto 7.661/45, sucederam-se os Decretos 917/1890 e 859/1902, e a Lei 2.024/1908, revista pelo Decreto 5.746/1929, revogado pela antiga Lei de Falências.

Ocorre que a doutrina dos atos do comércio, elaborada na primeira metade do século XIX, foi paulatinamente sendo substituída pela teoria italiana da empresa, especialmente durante a segunda metade do século XX, constituindo-se na marca histórica da quarta etapa da evolução do direito falimentar.

Também o Brasil adotou a teoria da empresa, inserindo-a no Código Civil de 2002, cuja reforma tramitou durante mais de 30 anos pelas casas do Congresso Nacional. Acompanhando essa evolução, chegou a vez da substituição da legislação do direito falimentar, com a promulgação da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Nova Lei de Falências), objeto deste estudo.

### **3 Razões para a reformulação legislativa**

A nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/05) é originária do Projeto de Lei nº 4.376/93, apresentado pelo Poder Executivo, que tramitou no Congresso Nacional durante aproximadamente 12 anos até sua promulgação.

Essa nova ordem veio ab-rogar e substituir o Decreto-Lei n. 7.661/45 (a antiga Lei de Falências) que não se mostrava mais adequado às necessidades da realidade empresarial, apesar de seus méritos, especialmente o de ter durante quase sessenta anos disciplinado o processo falimentar, mesmo sob a pressão incontrolável da economia brasileira em movimentos constantes de profundas transformações.

A marca histórica do surgimento do velho texto do direito falimentar, o DL n. 7.661/45, é o pós-guerra, caracterizado como um período de previbilidade e intensa intervenção estatal, sob a ótica macroeconômica, panorama completamente diverso ao de hoje. A velha ordem jurídica foi elaborada para ser aplicada a ambientes empresariais simples, em um tempo em que o Brasil carecia de industrialização. Idêntico fenômeno também ocorreu na esfera microeconômica, que trata da constituição e interação das empresas e dos agentes individuais.

O Senador da República Ramez Tebet, em suas considerações sobre o Projeto de Lei n. 4.376/93, descreveu as principais marcas da diferença na microeconomia do período do pós-guerra e do atual. Segundo ele:

a) os arranjos societários são cada vez mais complexos: empresas associam-se em crescente gigantismo, por meio de processos de concentração empresarial, com destaque para as fusões e aquisições;

b) empresas importantes praticamente dispensam a propriedade de ativos físicos e tangíveis, tornando-se meramente centros de decisões mercadológicas, de desenvolvimento de produtos e de logística;

c) relações contratuais mais fluidas que o direito de propriedade passam a reger as relações produtivas. Empresas abandonam, por exemplo, a propriedade de capital fixo, que é substituída por contratos de alienação fiduciária ou de arrendamento mercantil operacional (*leasing* operacional);

d) formas tradicionais de garantia, como a hipoteca e o penhor, perdem gradualmente sua efetividade, à vista da proliferação de novas formas de contratos, como a securitização de recebíveis, a alienação fiduciária de imóveis, a cessão de direitos creditórios e os instrumentos financeiros chamados derivativos<sup>5</sup>.

Contudo, outras justificativas para a reformulação legislativa ainda podem ser destacadas, em complemento ao relatório do referido senador: as grandes transformações ocorridas nas relações de trabalho que romperam com antigos padrões (como, por exemplo, terceirização de mão-de-obra, multiplicação de cooperativas de trabalho, expansão da prestação de serviços por firmas individuais); ainda, o reconhecimento de que os maiores agentes financiadores da produção no país passaram a ser as instituições financeiras, constituindo-se estas em verdadeiros parceiros do desenvolvimento industrial e comercial; também, como não poderia deixar de ser, as mudanças derivadas da instituição de um novo Código Civil, a partir de 2002, que revogou completamente a Parte Geral do antigo Código Comercial, e adotou a teoria da empresa; por último, cite-se o completo desvirtuamento sofrido pelo instituto do processo falimentar, que deixou de ser compreendido em sua essência como uma execução concursal e passou a ser manejado como instrumento de cobrança, tendo em consideração os efeitos nefastos e devastadores que a decretação da falência impõe sobre as relações jurídicas constituídas pelas empresas e seus sócios.

Aloísio Pessoa de Araújo, em artigo escrito sobre a reforma da Lei de Falências e o risco de crédito, analisou e se chega a conclusão de que as mudanças eram inevitáveis, que:

---

<sup>5</sup> Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC nº 71, de 2003



com a prioridade dos créditos trabalhistas e fiscais a situação anterior poderia ser descrita da seguinte maneira: com algum sinal de inadimplência de uma empresa, os credores tendiam a diminuir os créditos disponíveis, uma vez que era baixa a possibilidade de retorno em caso de falência; por sua vez, os donos da firma tendiam a usar a retenção de impostos como única forma de financiamento. Isso fazia com que diminuíssem ainda mais as possibilidades de recebimento. O crédito além de escasso era instável, dificultando o desenvolvimento de novas firmas e prejudicando desta forma o desenvolvimento econômico.”<sup>6</sup>

## **4 O conteúdo do novo texto, os princípios informadores e a estrutura da nova lei**

### **4.1 O Conteúdo do Novo Texto**

O conjunto de dispositivos da Nova Lei de Falências (NLF) forma um todo de natureza mista, contando com normas de direito material e adjetivo, como adiante se analisará.

Apesar de levar o epíteto “Lei de Falências” (por enquanto Nova Lei de Falências), como herança do Decreto-Lei n. 7.661/45, o objetivo da legislação atual é, paradoxalmente, evitar, o quanto possível, a decretação da quebra.

Para cumprir esse desiderato o novo texto apresenta várias alternativas judiciais e extrajudiciais de recuperação das empresas em estado de insolvência iminente, com a participação direta dos credores, e sob a fiscalização do administrador judicial e do Poder Judiciário. Inspirada no Capítulo 11 da Lei de Falências dos Estados Unidos, a nova Lei de Falências não diz respeito apenas às empresas em estado de insolvência, mas repercute também e diretamente sobre a administração das empresas saudáveis e em funcionamento e das pessoas que com ela se relacionam, como sócios, gestores, funcionários, fornecedores, clientes, investidores, parceiros e, principalmente, o Estado.

Destaca-se, nesse ponto, a função social que hoje a atividade empresarial exerce, responsável pela geração de riquezas, criação de empregos e renda, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país. Apenas esgotadas muitas possibilidades, como se verá, a falência deve ser decretada. Assim, caberia epíteto melhor à nova legislação: “Lei de Recuperação Empresarial”.

---

<sup>6</sup> ARAÚJO, A. P. de. A nova Lei de Falências, o Judiciário e o risco Brasil. Folha de São Paulo,

## 4.2 Os Princípios Informadores

Os princípios que fundamentam a nova lei (e devem nortear a difícil tarefa do exegeta que inaugura a aplicação das normas nela contidas) estão inteiramente voltados para a busca de soluções rápidas da crise e para a manutenção da atividade empresarial, fulcrados na tendência crescente de nosso sistema legislativo e judiciário brasileiro de desburocratizar rotinas, simplificar e acelerar procedimentos, sem comprometer o formalismo necessário e inerente à juridicidade. Vejam-se alguns princípios que se destacam:

### 4.2.1 Princípio da preservação da empresa

A manutenção da empresa é a meta visualizada pela novel legislação. Com efeito, a possibilidade de recuperação da atividade momentaneamente em crise, com a possibilidade de implantação de um plano de reestruturação empresarial, renegociação do passivo com os credores e continuidade do negócio é, sem dúvida, a marca inovadora da lei. Com esse princípio, ressalta-se a consecução dos fins sociais do empreendimento, especialmente, a preservação dos empregos gerados pela continuidade da empresa, o recolhimento de tributos e a geração de riquezas e renda, devendo-se inclusive manter, desde que possível, a estrutura organizacional ou societária principal.

### 4.2.2 Princípio da recuperação da empresa

Se existe possibilidade de preservação do negócio em crise, o instrumento será a recuperação, judicial ou extrajudicial, devendo-se privilegiar, o quanto possível, a estrutura original da organização empresarial, com menor interferência possível do Estado e credores sobre a atividade. *Contrario sensu*, a constatação de problemas crônicos na administração da empresa que inviabilizam a gestão ou continuidade do negócio exige do Estado intervenções necessárias e eficientes, se necessário com a substituição de administradores e a modificação da organização empresarial dentro do plano de recuperação, a fim de evitar a potencialização dos males e o agravamento da crise que está conduzindo o negócio à falência.

Com efeito, como assinalou Aloísio Pessoa de Araújo, “a nova lei foi feita com objetivo de favorecer a recuperação de empresas viáveis e a rápida eliminação de empresas sem perspectivas econômicas.”<sup>7</sup>

---

7 Id. Ibid.

### 4.2.3 Princípio da proteção aos trabalhadores

Esse princípio pode ser visualizado no esforço do legislador em procurar garantir o emprego dos trabalhadores, através da previsão de mecanismos próprios de continuidade do negócio, corolário direto dos princípios da preservação e da recuperação da empresa, já analisados. Contudo, há uma outra face do princípio da proteção aos trabalhadores, cremos mais evidente: a precedência no recebimento dos créditos quando houver a decretação da falência.

### 4.2.4. Princípio da celeridade e eficiência dos processos judiciais

As maiores críticas ao Decreto-Lei n. 7.661/45 sempre foram relacionadas à demora e ineficiência do processo falimentar. Estatísticas demonstravam que a legislação falimentar no Brasil, pela obsolência e pelo excesso de rigorismo formal, sempre foi considerada uma das piores do mundo. Segundo Aloísio Pessoa de Araújo:

para o bom funcionamento da nova Lei de Falências, temos os obstáculos da lentidão do Judiciário, bem como da ideologia de alguns de seus membros, que muitas vezes tendem a tentar proteger os devedores. Esses fatores têm sido apontados por muitos como alguns dos grandes responsáveis pelos elevados riscos Brasil e *spread* bancário.<sup>8</sup>

Mede-se o esforço do legislador em procurar garantir um processamento mais rápido e eficiente nos procedimentos de recuperação judicial, falimentar e de recuperação extrajudicial, pela notável eliminação de reconhecidos entraves ao célere andamento do processo, como, por exemplo, a possibilidade de administração do processo falimentar por empresa especializada, substituindo-se a figura do síndico; a instituição de um procedimento de recuperação mais simples, menos oneroso e burocratizado para as microempresas e empresas de pequeno porte, a extinção do processamento de um inquérito judicial que era inaugurado e tramitava paralelamente aos autos principais de falência, quando havia indícios de existência de crimes falimentares; a simplificação do procedimento contraditório que precede a decretação da quebra, com a diminuição do número de recursos. Por fim, não se pode deixar de lado a instituição do procedimento de recuperação extrajudicial que outorga liberdade ao devedor e aos credores para efetivar as negociações necessárias, atribuindo ao Judiciário, apenas, a função de homologar, desde que presentes os requisitos legais, o plano de recuperação.

---

8 Id. Ibid.

Como assinalou Ramez Tebet em seu parecer “é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência no processo e reduzindo-se a burocracia que atravanca seu curso”.

#### **4.2.5 Princípio da participação dos credores**

Difícilmente haverá a preservação do negócio sem a participação direta dos credores no plano de recuperação empresarial. Como será analisado posteriormente, no caso da recuperação extrajudicial, apenas os credores mais relevantes são chamados a renegociar seus créditos, de forma a permitir a reestruturação da empresa sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes aos demais credores. Já a recuperação judicial permite um processo mais formal, realizado sob fiscalização do Poder Judiciário. Os credores devem formar maioria em torno do plano de recuperação, instalar uma assembléia e um comitê representativo de classes de créditos, com possibilidade de interferência direta na administração do negócio. Assim, pressupõe a lei que, diligenciando na defesa de seus interesses, os credores busquem a otimização dos resultados do processo, especialmente a recuperação total da empresa.

#### **4.2.6 Princípio da valorização dos ativos do falido**

A nova legislação, ainda, possibilita ao administrador da falência a venda em bloco de bens da empresa falida, de suas filiais, ou até de toda a organização, com o objetivo de maximizar o valor do ativo, em defesa dos interesses dos credores e do próprio falido. Essas alternativas concedidas pela lei são mecanismos que evitam os prejuízos inerentes à demora do processo. Esse princípio harmoniza-se, principalmente, com o princípio da celeridade e efetividade do processo. Isto porque a venda individualizada de cada bem, com certeza, acarreta maior atraso para a conclusão do feito.

#### **4.2.7 Princípio do rigorismo penal**

A Nova Lei de Falências (NLF), acompanhando a tendência atual de rigorismo penal, prevê sanções elevadas no caso de prática delituosa por parte dos envolvidos no processo falimentar. Dos onze tipos penais previstos no texto atual, nove sancionam a prática criminosa com pena de reclusão de dois a quatro anos, impossibilitando a suspensão condicional do processo. Com efeito, a complexidade das organizações societárias e a constante utilização da empresa como instrumento de

fraudes e práticas criminosas levaram o legislador a recrudescer as penas, como medida de contenção.

### 4.3 A Estrutura da Nova Lei

A Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, pode ser visualizada, basicamente em cinco partes principais: a primeira trata das disposições preliminares e comuns à recuperação judicial e à falência; a segunda cuida especificamente da recuperação judicial e da sua convalidação em falência; a terceira, da falência propriamente dita; a quarta, da recuperação extrajudicial; e a quinta e última parte são as disposições penais, processuais penais e as disposições finais e transitórias.

Estruturalmente, entretanto, a Lei nº 11.101/05 está organizada em oito capítulos: Disposições Preliminares (I); Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência (II); Da Recuperação Judicial (III); Da Convalidação da Recuperação Judicial em Falência (IV); Da Falência (V); Da Recuperação Extrajudicial (VI); Disposições Penais (VII); e, Disposições Finais e Transitórias (VIII).

As disposições preliminares da lei (arts. 1º a 4º) estão previstas no Capítulo I.

O Capítulo II (arts. 5º a 46), que trata das disposições comuns à recuperação judicial e à falência, é subdividido em cinco Seções: (I) disposições gerais (arts. 5º a 7º); (II) da verificação da habilitação de créditos (art. 7º a 20); (III) do administrador judicial e do comitê de credores (arts. 21 a 34); e, (IV) da assembleia-geral de credores (arts. 35 a 46).

O Capítulo III (arts. 47 a 72), que regulamenta a recuperação judicial, com certeza, é a maior novidade do novo direito falimentar. Subdivide-se em cinco Seções: (I) disposições gerais (arts. 47 a 50); (II) do pedido e do processamento da recuperação judicial (arts. 51 e 52); (III) do plano de recuperação judicial (arts. 53 e 54); (IV) do procedimento de recuperação judicial (arts. 55 a 69); e (V) do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 70 a 72).

Já o Capítulo IV, que trata da convalidação da recuperação judicial em falência, é disciplinado por apenas dois artigos (arts. 73 e 74) e não possui seções.

O Capítulo V, que trata da falência, é o mais extenso (arts. 75 a 160). Composto de doze seções, complementa o Capítulo II, no que toca às especificidades do procedimento de quebra. Subdivide-se em: (I) disposições gerais (arts. 75 a 82); (II) da classificação dos créditos (arts. 83 e 84); (III) do pedido de restituição (arts. 85 a 93); (IV) do procedimento para decretação da falência (arts. 94 a 101); (V) da inabilitação empresarial dos direitos e deveres do falido (arts. 102 a 104); (VI) da falência requerida pelo próprio devedor (arts. 105 a 107); (VII) da arrecadação

dação e custódia dos bens (arts. 108 a 114); (VIII) dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor (arts. 115 a 128); (IX) da ineficácia e da revogação dos atos praticados antes da falência (arts. 129 a 138); (X) da realização do ativo (arts. 139 a 148); (XI) do pagamento dos credores (arts. 149 a 153); e, por derradeiro, (XII) do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido (arts. 154 a 160).

Assim, como o quarto, o capítulo VI também não possui seções, sendo composto pelos arts. 161 a 167.

O Capítulo VII, que trata das disposições penais, possui três Seções: (I) dos crimes em espécie (arts. 168 a 177); (II) das disposições comuns (arts. 178 a 182); e, (III) do procedimento penal (arts. 183 a 188).

Encerrando o texto legal, o Capítulo VIII, que cuida das disposições finais e transitórias, é composto pelos arts. 189 a 201.

## 5 Conclusão

Como visto, a nova Lei de Falências possui como pedra angular a figura dos princípios acima mencionados. Conforme bem leciona Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 31), “esses princípios não devem ser considerados como compartimentos isolados e auto-suficientes. Mantêm entre si nexos de complementaridade. Existe, nas relações entre estes princípios, uma saudável tensão, que, em última análise deve ser entendida como equilíbrio.”

Portanto, com a edição da Lei nº 11.101/05, inaugura-se um novo momento no direito falimentar brasileiro, de forma que, os preceitos normativos e principiológicos possam atender as expectativas sociais de preservar a empresa, mesmo em crise, de forma que esta possa cumprir a sua função social e atingir a tão debatida responsabilidade social.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, A. P. de. A nova Lei de Falências, o Judiciário e o risco Brasil. **Folha de São Paulo**. Segunda-feira, 27 de dezembro de 2004. B3.
- ALMEIDA, A. P. **Manual das Sociedades Comerciais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Falência e Concordata**, 12. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.
- AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**, 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.
- BERTOLDI, M. M.; RIBEIRO, M. C. P. **Curso Avançado de Direito Comercial**, v. 2. São Paulo: RT. 2003.



- CAMPINHO, S. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. v.1, 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. v. 1-2-3. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- FÜHRER, M. C. A. **Roteiro das Falências e Concordatas**. 19. ed. São Paulo: RT. 2004.
- JESUS, D. **Prescrição Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.
- JÚNIOR, W. F. **Manual de Direito Comercial**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- \_\_\_\_\_. **A Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas. 2005.
- MAMEDE, G. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresaria**. 1. ed. São Paulo: Atlas. 2004.
- MAGALHÃES, J. H. de. **Direito Falimentar Brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1994.
- NEGRÃO, R. **Manual de Direito Comercial e de Empres.**, v.1 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.
- PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, v.1. Parte Geral, 3. ed. São Paulo: RT. 2002.
- REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**, 1. v. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.
- RONCONI, D. R. **Falência e Recuperação de Empresas**. Itajaí: Universidade Vale do Itajaí, 2002.



## DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM PARALELO ENTRE O ESTATUTO DA CIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Valkíria A. Lopes Ferraro\*

### RESUMO

O presente artigo tem como escopo delinear os principais contornos existentes no Instituto da Superfície, uma vez que este se faz presente tanto no Código Civil como no Estatuto da Cidade. São leis conflitantes regulamentando a mesma matéria. Assim, teria o Novo Código Civil, por ser Lei posterior, revogado as disposições do Estatuto da Cidade? Como definir a aplicabilidade dessas legislações?

**Palavras-Chave:** Superfície; Direito Real; Estatuto; Registro; Concessão; Constituição; Extinção.

### ABSTRACT

The current article has as purpose to perform the main features in the Surface Institute, which is such in the Civil Code as in the City Statute. They are conflicting laws regulating the same subject. Thus, being following Law, would the New Civil Code have revoked the disposals of the City Statue? How to establish the applicability of these legislations?

**Key-Words:** Surface; Real Law; Statue; Register; Concession; Constitution; Extinguishing

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Direitos Reais Limitados. 3 Histórico do Direito de Superfície. 3.1 A Superfície no Brasil. 4 Contornos do Instituto no Direito Comparado. 5 Conceito e Natureza Jurídica. 6 Características da Superfície. 7 Constituição e Extinção da Superfície. 8 Pontos Conflitantes entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil. 9 Enfiteuse “versus” Superfície. 10 Direito de Superfície e Concessão de Direito Real de Uso – Diferenças. Conclusão. Referências.

---

\* Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – Unifil. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

E-mail: valkíria@sercomtel.com.br



## 1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Reais podem recair sobre coisas corpóreas ou incorpóreas. Dentre eles encontram-se aqueles que incidem sobre coisas alheias, como se o proprietário viesse a permitir que outrem obtenha o bem como seu, em determinadas circunstâncias ou condições, nos termos da lei ou do contrato. O Direito de Superfície se insere nessa temática como direito real de gozo ou fruição, incidente sobre coisas alheias.

Hoje o período é fortemente marcado pela busca de um maior equilíbrio social. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil procuram adaptar institutos jurídicos, como o Direito de Superfície, às exigências indispensáveis a um convívio social mais harmônico na sociedade no que tange à propriedade. Tanto que, abolindo-se a Enfiteuse, trouxe de volta à Superfície, com o escopo de melhor ocupar os espaços e possibilitar que mesmo aqueles desprovidos de recursos possam construir ou plantar, ainda que sem terrenos próprios.

Para tanto, apresenta-se aqui uma breve análise a respeito da existência dos direitos reais limitados, para, em seguida, passar os olhos sobre a história do Direito de Superfície, inclusive destacando seus momentos no Brasil. Antes de adentrar no conceito e natureza jurídica, faz-se uma breve incursão sobre a legislação estrangeira no que se refere ao assunto. Posteriormente, abordam-se as características, formas de constituição e extinção da Superfície. Com maior ênfase, estabelece um paralelo entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil. Por fim, diferencia-se o Instituto da Superfície da Enfiteuse e da Concessão de Direito Real de Uso.

## 2 DIREITOS REAIS LIMITADOS

O direito real é a relação que se estabelece entre o homem e a coisa, mediante uma inflexão direta, sem que haja intermediário. Dentre os direitos reais encontra-se a propriedade ou o domínio, sendo este o mais completo deles, abrangendo o *jus utendi*, o *jus fruendi*, *jus abutendi* e a *vindicatio*.

O proprietário, embora possa ter concentrado em mãos todas as prerrogativas inerentes ao direito de propriedade, pode conceder uma ou mais delas a outrem, fato do qual decorre a elasticidade do direito de propriedade.

Os direitos reais limitados, nesse sentido, nascem do fato de um terceiro gozar de um dos poderes inerentes ao domínio. Dentre os direitos reais limitados tem-se: a superfície, a servidão predial, o usufruto, o uso e a habitação. A enfiteuse também é um direito real sobre coisa alheia, porém é um instituto em extinção. O atual Código Civil não mais disciplina a enfiteuse, ao dispor (artigo 2.038) que fica

proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até a sua extinção, aos princípios do Código Civil de 1916.

### 3 HISTÓRICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Pode-se considerar o direito romano, no seu início, totalmente incompatível com o direito de superfície. O conceito de propriedade, para os romanos, era rigidamente individualista. O proprietário o era tanto de direito como de fato sobre aquilo que lhe pertencia.

Com o passar do tempo, no entanto, penetra o elemento social no conceito romano de propriedade, passando a existir uma espécie de arrendamento, primeiramente sobre as terras do Estado. Essa concessão, inicialmente geradora de direitos obrigacionais, passou a ser regida no período *justinianeu* por ação real.

A idéia de construções e plantações consideradas como propriedade autônoma só veio a nascer no feudalismo, na idade média, rompendo com o tradicional princípio *superficies solo cedit*. Nesse período, difundiu-se o pensamento que admitia a bifurcação da propriedade: a de direitos nas mãos do senhor feudal e a de fato nas mãos dos vassalos.

A história mostrou, porém, que custou muito caro a idéia de propriedade autônoma em relação aos servos e vassalos. Dos enfiteutas e superficiários eram cobrados valores abusivos por trabalharem em terras alheias, gerando assim uma escravização do homem em relação à terra.

No século XIII, por força do iluminismo, o conceito de propriedade retorna aos seus moldes mais antigos, absoluto e exclusivo, respeitando no máximo as normas de boa vizinhança, em sinal de repúdio às relações criadas pelo regime feudal. A contemporaneidade, todavia, trouxe de volta os institutos da enfiteuse e da superfície, agora alocados em outro contexto histórico.

#### 3.1 A Superfície no Brasil

O direito de superfície há muito tempo surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, num primeiro momento em função das Ordenações do Reino que aqui tinham vigência. Esse direito se manteve, inclusive, após a independência, até o advento da Lei 1.234/1864, que deixou de enumerar a superfície como um dos direitos reais.

---

1 LIRA, R. P. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil, p. 252.

O Código Civil de 1916 não elencou a superfície como um direito real. De acordo com a teoria “*numerus clausus*”, só é direito real o que é instituído como tal por lei. Recentemente, duas leis tratam da superfície como direito real, são elas: o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) e o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/02), que elenca como direito real, no seu artigo 1225, II.

Alguns autores entendem ter sido o direito de superfície reintroduzido no ordenamento brasileiro sob a forma de concessão de direito real de uso pelo Decreto 271/61. No entanto, Ricardo Lira<sup>1</sup> afirma ser tal concessão essencialmente diferente da superfície, pois não suspende os efeitos da acessão.

#### 4 CONTORNOS DO INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO

Na França, o direito de superfície é admitido pela doutrina como implícito em seu artigo 553 do Código Civil, que reza presumir-se do proprietário do solo as plantações ou construções realizadas naquele, até que se prove o contrário. Provedo-se o inverso, ter-se-á propriedade da obra (construção ou plantação) separada da propriedade do solo, conforme preleciona Ricardo Pereira Lira<sup>2</sup>.

A Itália regula o instituto da superfície expressamente nos artigos 952 e 956 de seu Código Civil. A superfície italiana pode dar-se apenas para fins de construção e não de plantação, e não se perde esse direito pelo seu não-uso. Na Bélgica, desde 1824, a superfície vem sendo regulamentada munindo o superficiário dos poderes de alienar, hipotecar e instituir servidões sobre as acessões.

O direito português admite expressamente a constituição da superfície por testamento e usucapião (artigo 1528), além do contrato, diferenciando-se do direito brasileiro, que estabelece a constituição “*inter vivos*”, sendo silente quanto à aquisição por usucapião, que é repudiada pela doutrina. Além disso, o Código português prevê prazo decadencial de dez anos para o superficiário construir ou plantar, caso o contrato não estabeleça, lacuna existente na lei civil brasileira.

Como regra geral, o direito comparado mostra, através da legislação de diversos países, que o direito de superfície é sempre tratado como direito real e que o superficiário goza, normalmente, dos poderes de alienar e hipotecar as construções ou plantações que aderem ao solo.

---

2 Id. *Ibid.*, p. 255.

## 5 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Para Maria Helena Diniz<sup>3</sup>, o direito de superfície:

é um direito real de fruição sobre coisa alheia visto que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão, consagrada no artigo 1253 do Código Civil, pelo qual tudo que se acrescentar ao solo deverá pertencer ao seu proprietário (*superficies solo cedit*). Assim sendo, a propriedade superficiária é a exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, pois a lei concede ao superficiário um direito real sobre construção ou plantação feita em terreno alheio, utilizando sua superfície.

Quanto à natureza jurídica do instituto, entende-se ser um direito real. Corroboram com essa afirmação os seguintes fatos enunciados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>4</sup>:

- a) a exigência de sua constituição por meio de escritura pública registrada no Cartório de bens Imóveis (exigência esta só cabível em se tratando de direitos reais sobre imóveis);
- b) a possibilidade de sua transmissão a terceiros por ato “inter vivos” ou “causa mortis”;
- c) o fato de, extinta a superfície, recuperar o proprietário o domínio pleno sobre o imóvel, a indicar que o mesmo era limitado por incidir sobre o bem um direito real;
- d) o fato de o superficiário ser indenizado na desapropriação (artigo 33 do Decreto Lei n. 3.365/41), pois apenas aqueles que possuem um direito real sobre o bem desapropriado podem se subrogar na indenização paga pelo expropriante.

<sup>3</sup> DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 410.

<sup>4</sup> DI PIETRO, M. S. Z. **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei 10.25701) – Direito de Superfície, p. 182.

Trata-se a superfície de um instituto complexo, segundo o entendimento da mencionada autora Maria Sylvia Di Pietro<sup>5</sup>, por envolver o direito do proprietário ao solo; o direito do superficiário de construir ou plantar sobre solo alheio; depois de edificada a obra, a propriedade autônoma desta por aquele (superficiário); e o direito a eventual pagamento do superficiário ao proprietário.

Assim, a superfície é o direito real sobre coisa alheia, instituído pelo proprietário em favor de um terceiro (superficiário), por meio de ato “inter vivos”, gratuito ou oneroso, pelo qual este, temporariamente, adquire o direito de plantar ou construir no terreno de quem o concedeu.

## 6 CARACTERÍSTICAS DA SUPERFÍCIE

Um traço muito importante da superfície é o caráter autônomo da edificação ou plantação após sua realização. Desse fato decorre a possibilidade de constituição de hipoteca sobre a construção. Realmente, muitas pessoas sem recursos, para adquirir terreno, poderão construir suas moradias sobre solo alheio, por meio da concessão da superfície. Entendendo ser a edificação propriedade autônoma do superficiário, ele poderá colocá-la em garantia para o recebimento de financiamento a ser utilizado para a construção de sua moradia. Com isso, poder-se-ia atenuar o problema da carência de moradias no Brasil e concretizar o princípio da função social da propriedade e da cidade.

Para o já citado autor Ricardo Lira<sup>6</sup>, tanto o Novo Código Civil como o Estatuto da Cidade não enfatizam o caráter autônomo da propriedade do superficiário, sua hipotecabilidade e o destino desta e de outros direitos reais quando da extinção da superfície. O mesmo autor propõe alterações na regulamentação do instituto, sugere um artigo dispondo que extinta a superfície pelo advento do termo, a hipoteca da coisa superficiária igualmente se extingue e a hipoteca do solo não se estende à coisa superficiária.

A outorga do direito de superfície ocorre por atos “inter vivos”. Esse direito será gerado com o registro do contrato celebrado entre o proprietário e superficiário no Cartório de Registro de Imóveis (artigo 1369 - CC). O contrato deve estar revestido sob forma de escritura pública.

É facultada a estipulação da gratuidade ou onerosidade na concessão do direito de superfície. Se onerosa for a concessão, o “cânon” pago pelo superficiário ao proprietário pode ser feito de uma só vez ou em parcelas (artigo 1370 - CC). Silencia a lei quanto à periodicidade do pagamento, portanto, deve-se tomar cuidado para não aproximar demais a superfície do arrendamento.

---

5 Id. Ibid. p. 181.

6 Id. Ibid. p. 265.

A duração da concessão, nos termos do artigo 1369, “caput”, do Código Civil, deve ser por tempo determinado. A vedação implícita ordenamento jurídico brasileiro é para com a instituição de superfície perpétua, e não indeterminada, já que existe a possibilidade desta de acordo com o Estatuto da Cidade.

O artigo 1369 do Código Civil faz referência ao direito de construir e plantar por parte do superficiário. Uma interpretação literal do mesmo “codex” não abrange a concessão de superfície com bens já construídos, como ocorre, por exemplo, no direito português. No entanto, pode-se pensar se não poderia ser também direito do superficiário manter um bem já existente, pois a não admissibilidade desse fato restringiria o campo de atuação da superfície à extinta enfiteuse, além de não atender o princípio da função social da propriedade na medida em que esta requer. O projeto de Lei n. 6960/02 cogita de o verbo “manter” além de construir e plantar como prerrogativas do superficiário.

## 7 CONSTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DA SUPERFÍCIE

No direito comparado, de um modo geral, admitem-se três formas de constituição do direito de superfície: a concessão, a cisão e a usucapião. O direito brasileiro contempla expressamente apenas a primeira modalidade.

A concessão consiste na outorga pelo proprietário ao superficiário do direito de construir ou plantar sobre ou sob o terreno daquele. O proprietário é o cedente do direito de implante, e o superficiário o cessionário. A concessão desse direito é formal, pois exige escritura pública inscrita no Cartório de Registro de Imóveis para se efetivar.<sup>7</sup>

Pode a concessão do direito de superfície ser gratuita ou onerosa. A constituição desse direito se dá por ato “inter vivos” (contrato), não podendo ser feita por ato de última vontade (como era permitido para a enfiteuse)<sup>8</sup>. Assim, o indivíduo não pode deixar em testamento um direito de superfície em favor de alguém, apenas podendo impor ao seu legatário ou herdeiro o encargo de construir a superfície em benefício de outrem. Porém, com relação à transmissão, pode a superfície ser transmitida aos sucessores do superficiário com a morte deste, conforme artigo 1372 do Código Civil, além de ele ter a possibilidade de transferir a terceiros o seu direito, obedecendo, é claro, ao direito de preferência do proprietário do solo.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> CÓDIGO CIVIL. Art. 1227.

<sup>8</sup> VENOSA, S. de S. Direito Civil. Direitos Reais, p. 426-427.

<sup>9</sup> CÓDIGO CIVIL. Art. 1373.

Quanto à cisão, ocorre quando o proprietário do solo é também dono da edificação ou plantação sobre ele, transferindo ao superficiário o direito de manter essas acessões. O superficiário tornar-se-á proprietário da construção ou plantação, e o dono do terreno continuará na propriedade deste. A situação inversa também é possível, ao transferir o dono do solo a propriedade deste, tornando-se superficiário dos bens anteriormente construídos. Segundo Venosa<sup>10</sup>, quanto à concessão do direito de superfície com construções já edificadas, pode o proprietário continuar no domínio do solo e da obra sobre ela realizada, outorgando ao superficiário apenas o direito de acabar a obra ou incorporar benfeitorias sobre ela. Com relação a estas, seu proprietário seria o concessionário.

A usucapião (como a cisão) é outra forma de aquisição do direito de superfície. Por ela o indivíduo constrói sobre o terreno alheio, vindo depois de um lapso de tempo celebrar com o proprietário do solo um contrato de superfície. Esse indivíduo passará a pagar ao dono um cânon após feitura do contrato, tendo usucapido o direito de superfície pelo período anterior à realização dele. Caso o contrato não houvesse sido celebrado, o dono do solo também seria da edificação, em função dos efeitos da acessão (artigos 1353 e 1355 CC). A celebração do vínculo contratual, no entanto, retroage à data do início da construção, considerando-se o superficiário proprietário da obra. Tal entendimento é fornecido por Ricardo Lira<sup>11</sup>, que critica a posição adotada por vários juristas a respeito da impossibilidade de tal aquisição, por implicar na aquisição do domínio da terra, o que não ocorre, pois o pagamento do cânon significa reconhecimento de que o solo pertence a outrem, incidindo a usucapião sobre o direito de superfície.

A duas últimas modalidades de aquisição da superfície não se encontram acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à extinção do direito de superfície, pode ocorrer de diversas formas:

I. advento do termo final (CC. Art. 1374, 1. Parte e EC., Art. 23,I), pois com fim do prazo estipulado no contrato retorna ao proprietário o domínio do bem;

II. descumprimento das obrigações contratuais pelo superficiário (por exemplo: não pagamento do cânon; pela destinação diversa daquela para a qual foi concedida, etc.). (Art.23, II - EC);

10 VENOSA, S. DE S. Op. Cit. p. 431.

11 LIRA, R. P. Op. Cit., p. 393.

III. pelo fato do superficiário dar ao terreno destinação diversa da convencionada (CC. Art. 1374 e EC. Art. 24, parágrafo primeiro);

IV. pela consolidação, ou seja, fusão do direito do proprietário do solo e do direito de superfície, quando o proprietário exerce o seu direito de preferência e adquire a superfície, ou o superficiário, exercendo igual direito, adquire a propriedade do solo (CC. Art. 1373 e EC. Art. 22);

V. renúncia do superficiário (CC, Art. 473);

VI. pelo distrato (resilição bilateral), quando o vínculo contratual é dissolvido por deliberação de ambos os contraentes (Art. 472, CC);

VII. pelo perecimento do terreno objeto da superfície (pois não há mais como o superficiário exercer seu direito);

VIII. decadência, pelo não uso do direito de construir dentro do prazo avençado. O Código Civil não estabelece prazo para o caso de não estipulação contratual, o que vem sendo objeto de críticas doutrinárias que muitos chamam por reforma;

IX. pela desapropriação (caso em que o Poder Público torna-se proprietário do solo e das construções ou plantações). Ocorrendo a desapropriação, o proprietário e o superficiário devem ser indenizados na proporção de seus direitos (CC. Art. 1376), pois a superfície é um direito real. Aquele que tem direito pessoal não pode subrogar-se na quantia depositada, podendo impetrar ação direta contra o Poder Expropriante para reaver seus prejuízos (Arts. 26-31 da Lei 3.365/41);

X. falecimento do superficiário sem herdeiros (CC. Art. 1372).

Com a extinção do direito de superfície, voltam a operar os efeitos da acessão, tornando-se o proprietário do solo dono também das construções e plantações sobre ele realizadas, via de regra, sem indenização (Art. 1375, CC), salvo se houverem as partes pactuado.

A extinção do direito de superfície deve ser averbada no Cartório de Regis-



tro de Imóveis, como reza o Art. 24, parágrafo segundo, do Estatuto da Cidade, embora não haja regra semelhante no Novo Código Civil.

## **8 PONTOS CONFLITANTES ENTRE O ESTATUTO DA CIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL**

A Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, visa uma melhor ordenação da cidade, fazendo com que esta e a propriedade urbana cumpram a função social delas exigida, através da implementação de certos instrumentos de política urbana, dentre eles, o direito de superfície.

Referida lei veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Entrou em vigor em julho de 2001 e regulou, dentre outros instrumentos de política urbana, o direito de superfície. No entanto, o novo Código Civil (Lei 10.406/02), entrou em vigência a partir de janeiro de 2003 e veio regulamentar novamente a matéria. Segundo o disposto no artigo 2º., § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, teriam as disposições do Estatuto da Cidade sido revogadas pela nova lei civil? Entende-se que não. No caso, vigora o Princípio da Especialidade, pelo qual a lei mais específica, ainda que anterior à nova lei geral, é a que deve reger o assunto a ela pertinente. Nesse sentido, os imóveis urbanos, por serem objeto de políticas urbanas previstas no Estatuto da Cidade, devem obedecer às normas deste, submetendo-se, supletivamente, à disciplina do Novo Código Civil, que regerá o direito de superfície no âmbito rural.

Entre as duas legislações há pontos conflitantes. O Estatuto da Cidade admite a constituição do direito de superfície por tempo determinado ou indeterminado (Art. 21). Já o Novo Código Civil rejeita a última hipótese, pregando “[...] o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado”. No entendimento de Silvio Venosa<sup>12</sup>, se o contrato for estabelecido por tempo indeterminado (regulado pelo Estatuto da Cidade), deve haver a possibilidade de rescisão unilateral do contrato (Art.473, CC). Se o contrato for omissivo quanto ao modo de se operar essa rescisão, deverá o Poder Judiciário estabelecer um prazo adequado para o superficiário deixar o bem (Art. 473, parágrafo único).

Nos termos do Novo Código Civil, a concessão do direito de superfície somente abrange o subsolo quando a utilização deste for inerente ao objeto da concessão (Art. 1369, parágrafo único), ou houver menção expressa no contrato (por exemplo: concessão da superfície de um terreno argiloso para uma fábrica de tijolos). O Estatuto da Cidade, por sua vez, reza que a concessão da superfície

---

12 VENOSA, S. Op. Cit., p. 427.

abrange o uso do solo, do subsolo e do espaço aéreo correspondente ao terreno, tudo nos termos do contrato avençado. De posse dessas informações, conclui-se que, se o imóvel for urbano (regido pelo Estatuto da Cidade), é permitida implicitamente a utilização do subsolo e do espaço aéreo relativo ao terreno; já se o imóvel for rural (regulado pelo Código Civil) o uso desses espaços está condicionado à previsão do contrato ou à natureza da exploração da superfície.

Outra diferença, entendida mais como uma omissão do legislador civil, é a de que o Estatuto da Cidade exige o registro da extinção da superfície (Art. 24, parágrafo segundo) e o Novo Código Civil não. Porém, devido à publicidade conferida pelo registro e, também, por razões do sistema, entende-se que a extinção das superfícies rurais (reguladas pelo Código Civil) deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis.

Cabe observar que, com relação aos tributos e encargos, prevê o novo Código Civil ser o superficiário responsável por eles no tocante à construção ou plantação (CC, Art. 1371). O Estatuto da Cidade, por sua vez, onera o cessionário com os tributos e encargos incidentes sobre a propriedade superficiária e sobre a área objeto de concessão do direito de superfície (Art. 21, parágrafo terceiro), salvo disposição contrária no contrato.

## **9 ENFITEUSE VERSUS DIREITO DE SUPERFÍCIE**

O direito de superfície veio substituir com grande vantagem o instituto da enfiteuse, previsto como direito real pelo Código Civil de 1916 e abolido pelo artigo 2.039 do Código Civil de 2002, que veda a constituição de novas enfiteuses.

O Código Civil de 1916 disciplina a enfiteuse em seu artigo 678 da seguinte forma: “Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim, se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”.

Assim, como a superfície, a enfiteuse constitui direito real sobre coisa alheia. Os contratantes são o senhorio direto (proprietário do bem) e o foreiro ou enfiteuta (titular do domínio útil). O objeto da enfiteuse recai apenas sobre as terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação (Art. 680 CC/1916). Daí tem-se que não é possível a constituição de enfiteuse sobre terrenos já edificados, tese sustentada no caso da superfície.

A enfiteuse é o direito real sobre coisa alheia que mais confere prerrogativas ao seu titular, que pode usar, gozar e até dispor. No entanto, não há dualidade de domínio, sendo o verdadeiro proprietário do bem o senhorio direto, podendo o enfiteuta vir a ser proprietário, consolidando a plenitude do domínio, se exercer o

resgate, após dez anos da constituição da enfiteuse, mediante o pagamento de um laudêmio ao senhorio direto de 2,5% do atual valor da propriedade plena, mais dez pensões anuais (Art. 693 do CC/1916).

Com o exercício do direito de resgate, extingue-se a enfiteuse e o foreiro adquire a propriedade plena. Esse direito inexistente na superfície.

No instituto da enfiteuse, o foreiro é obrigado a pagar anualmente ao senhorio uma certa quantia (cânon ou pensão) invariável (Art. 678, *in fine*, CC/1916) e, o vínculo que os une é perpétuo. Se constituída a enfiteuse por tempo limitado, será considerada arrendamento (Art. 679, CC/1916). A superfície pode ser: gratuita ou onerosa, constituída por tempo determinado ou indeterminado, porém, jamais perpétua.

Na enfiteuse, o foreiro deveria pagar o laudêmio ao senhorio direto quando da alienação do bem enfiteútico (Art. 686, CC/1916). O Código Civil de 2002 (Art. 2038, parágrafo primeiro, inciso I) proíbe a cobrança de laudêmio. Na superfície, o cedente não tem direito ao pagamento pela transferência (CC. Art. 1372, parágrafo único).

Como já explicitado, a enfiteuse constitui um direito real sobre coisa alheia, constituído por ato “inter vivos”, ou de última vontade, pelo qual o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando o enfiteuta uma pensão ou foro anual e invariável ao senhorio direto.

Denota-se, por essas características, que o instituto da superfície é mais dinâmico que o da enfiteuse, possibilitando, assim, um melhor atendimento ao princípio da função social da propriedade e às exigências sociais, por colaborar com a racionalização do uso do solo urbano e com a manutenção do homem na zona rural.

## **10 DIREITO DE SUPERFÍCIE E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO – DIFERENÇAS**

Existe grande semelhança entre o direito de superfície e a concessão do direito real de uso regulamentada pelo Decreto 271/61, a ponto de alguns doutrinadores defenderem que a instituição da concessão teria significado a volta da superfície no Direito Brasileiro. Porém, com olhar atento aos institutos, percebe-se que são essencialmente distintos.

O direito real de uso consiste na concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, gratuita ou onerosa, por tempo certo ou indeterminado, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra, ou outra utilização de interesse social.

Um grande traço diferenciador entre a superfície e o direito real de uso consiste no fato de que, na concessão, o concessionário tem apenas um direito real

de uso e gozo sobre a obra e não a propriedade autônoma destas, gerada pela superfície. Vale dizer: na concessão não ocorre a suspensão dos efeitos da acessão, o que se dá na superfície. Não sendo proprietário, o cessionário não pode gravar e hipotecar a construção. Esse fato dificulta o financiamento em favor do concessionário, pois não pode oferecer o bem em garantia.

Outra diferença reside no fato da concessão de direito real de uso estar vinculada a fins de interesse público, enquanto a superfície pode, também, ser utilizada para atender interesses privados.

Corroborando para tal diferenciação o artigo 4º. do Estatuto da Cidade, que elenca ambos como instrumentos de política urbana.

## 11 CONCLUSÃO

Em função de recente produção legislativa referente ao direito de superfície, espera-se que o tempo venha mostrar a repercussão prática desse instituto no meio social. Se realmente os objetivos do legislador serão atingidos, só o direito aplicado mostrará.

No plano teórico a superfície possui grandes vantagens. Pode, inclusive, vir a ser um forte instrumento no combate à escassez de moradias no Brasil, principalmente com relação à população menos favorecida. O dono do terreno, ao conceder o direito de implante, pode deixar de sofrer as sanções previstas no artigo 182, parágrafo quarto da Constituição Federal (parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação, respectivamente) e ver sua propriedade verdadeiramente utilizada, conforme os ditames da justiça social.

No que tange às diferenças encontradas entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil, percebe-se que, na verdade, pelo princípio da especialidade, esta lei não revogou aquela, mas sim regula as situações por ela previstas supletivamente, além de ser o referencial legal para os imóveis rurais.

Embora essas legislações apresentem muitos avanços, alguns pontos devem ser aperfeiçoados. Pode-se pensar, por exemplo, em acrescentar o direito de superfície por cisão; regular especificadamente a constituição de hipoteca e outros direitos reais sobre a propriedade superficiária; explicitar o modo de se operar o direito de preferência pelo superficiário e proprietário. Enfim, outras alterações podem ser elaboradas, todas com o intuito de aperfeiçoar o instituto.

Por fim, para concluir pode-se dizer que a aplicabilidade do direito de superfície consiste na percepção das verdadeiras virtudes sociais, sempre com o condão de fixar as idéias balizares do referido instituto.



## REFERÊNCIAS

- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas. 17. ed. v. IV. São Paulo: Saraiva. 2002.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257) – Direito de Superfície**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GONÇALVES, C. R. **Direito Civil: Direito das Coisas (coleção sinopses jurídicas)**. v. III. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUIMARÃES, J. R. **O Novo Código Civil e o Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 798. abr./2002.
- LIRA, R. P. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. Rio de Janeiro. **Revista Forense**. n. 364. nov./dez. 2002.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro. **Revista Forense**. v. IV. 1984.
- RODRIGUES, S. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. 27. ed.. São Paulo: Saraiva. 2002.
- VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direitos Reais**. v.5. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004.
- WALD, A. **Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas**. 11. ed. São Paulo, Saraiva. 2002.



## DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

*(O caso do salário mínimo)*

*João Luiz Martins Esteves\**

### RESUMO

Com o objetivo de fornecer uma proposta para efetivação dos direitos sociais no Brasil, procede uma análise sobre concepções doutrinárias que discutem sua inclusão na categoria de direitos fundamentais e sua vinculação face ao disposto no parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal. Analisa posicionamento adotado no STF através de jurisprudência proferida em Ação Direta de Constitucionalidade, confrontando-a com a teoria de Robert Alexy relativa à colisão de princípios constitucionais, sugerindo solução diversa da adotada no Tribunal Constitucional Brasileiro.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais sociais – Poder Judiciário.

### ABSTRACT

Aiming at making a proposal for putting social rights in Brazil into effect this study presents an analysis about the doctrinal concepts that discuss the inclusion of these social rights in the category of fundamental rights and their entailment due to what is stated in the first paragraph of the 5<sup>th</sup> article of the Federal Law. It analyzes the positioning adopted at the STF through jurisprudence professed in Direct Action of Constitutionality, confronting it with the theory of Robert Alexy related to the clashing of constitutional principles, suggesting a solution different from the one adopted at the Brazilian Constitutional Court.

**Key-Words:** Social Fundamental Law – Judicial Power.

---

\* Mestrando em Direito, Estado e Cidadania na Universidade Gama Filho, UGF/ RJ  
Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR  
Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina / UEL e na UniFil  
Procurador do Município de Londrina, Pr.

**E-mail:** <joao.esteves@londrina.pr.gov.br> .

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Direitos Sociais e Aplicabilidade Imediata. 3 Conflitos entre Regras e Colisões entre Princípios. 4 Princípio da Proporcionalidade. 5 Necessidade de Aplicação do Princípio da Ponderação na Jurisprudência Nacional no caso do Salário Mínimo. 6 Considerações Finais. Referências.

## **1 Introdução**

Este artigo busca analisar a questão da eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais, dado o preceituado no parágrafo primeiro do art. 5º, da Constituição Federal brasileira, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Para tanto, discorre-se brevemente sobre sua conceituação e inserção nos Direitos Fundamentais e, mais detidamente, sobre posições doutrinárias, favoráveis ao entendimento de seu conteúdo programático, segundo o qual dependem de ações governamentais e legislativas para sua implementação. Por fim, analisa-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que cuida especificamente da aplicabilidade do disposto no inc. IV do art. 7º da Constituição Federal, interpretando-a e sugerindo a aplicação da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy. A argumentação e fase conclusiva derivam de um estudo “reflexivo”, analítico, frente ao problema que vem se apresentando, desde a edição da Constituição Federal em 1988, quanto à eficácia das normas de direitos fundamentais, e tem por objetivo o rompimento com teses programaticistas e dogmas doutrinários, no âmbito do direito constitucional, os quais têm negado, cada um à sua maneira, a efetividade desses direitos, e que, aliadas a uma posição de não enfrentamento por parte do poder judiciário, representado pelo seu tribunal de cúpula, têm colocado em descrédito a possibilidade prática de exercício de um grupo dos direitos fundamentais.

## **2 Direitos Sociais e Aplicabilidade Imediata**

São os Direitos Sociais, grupo integrante dos Direitos Fundamentais, os quais se constituem como aqueles “essenciais”, básicos, definidos temporalmente e desenvolvidos através das lutas e conquistas sociais decorrentes da história humana. Suas declarações vêm sendo albergadas pelas constituições nos últimos duzentos anos e configuram-se como um conjunto de valores que, considerados como fundamentais dentro de cada ordenamento jurídico, conferem materialidade à igualdade e reconhecem o valor humano em sua dimensão de liberdade.

Não obstante identificarem-se, portanto, como conteúdo mínimo de direitos assegurados ao indivíduo para que possa atingir uma existência digna de sua condição humana, sua eficácia imediata vem encontrando obstáculos não somente dos detentores do poder estatal, controladores do poder executivo e do legislativo,

como também no âmbito do Poder Judiciário, que vem encontrando esteio para seu descompromisso com a aplicação prática desses direitos, em doutrinas limitadoras de sua eficácia jurídica e, portanto, do seu efetivo exercício.

A construção teórica alegada para a não imediaticidade da aplicação dos Direitos Sociais reside na argumentação de que suas normas não seriam auto-aplicáveis, como as dos Direitos Individuais, mas se apresentariam como “normas programáticas”, típica e exclusivamente “direcionadoras” da política econômica e social do governo, e regulamentação infra-constitucional. No Brasil, essa concepção tem sido aceita pela doutrina, em que pesem críticas feitas constantemente nos meios acadêmicos, sendo objeto de estudo crítico em cursos de pós-graduação.

A classificação das normas constitucionais, quanto à sua eficácia, é variável de autor para autor em grande parte da doutrina que, variando na formulação, não divergem no conteúdo ao indicarem o caráter programático de normas constitucionais, nomeadamente a dos direitos e garantias fundamentais. É curioso notar que, apesar de vários doutrinadores pregarem a inserção, principalmente, dos Direitos Sociais entre as normas programáticas, simultaneamente reconhecem a atual disposição constitucional da auto-aplicabilidade dos Direitos “Fundamentais”, ou seja, não apenas Individuais e Políticos, mas também Econômicos e Sociais. Disposição essa que se apresenta com a imperatividade de determinar a “imediate” aplicabilidade desses direitos, presente no art. 5º, § 1º. Exemplo de tal contradição é a contraposição da assunção desse mandamento constitucional com a afirmação de que a maioria dos direitos sociais vem enunciada em normas programáticas que demandam intervenção legislativa para se tornarem operativas e aplicáveis, pelo que não podem os destinatários invocá-los ou exigi-los imediatamente.

Tal posicionamento tem caminhado no sentido de negar a concretização dos valores constitucionais superiores conferidos pela constituição, inversamente ao entendimento que parece dominante na Europa. Pelo menos na Alemanha e Espanha<sup>1</sup>, a doutrina das normas programáticas não é admitida por constitucionalistas renomados, por levar à paralisia da Constituição.

O apego a essa doutrina pode ser exemplificado pelo tratamento dado pela jurisprudência trabalhista aos direitos definidos no art. 7º da Constituição Federal brasileira. José Felipe Ledur (Ledur, 1998) chama a atenção para o fato de os direitos dos trabalhadores constituírem direitos fundamentais, dada a sua inserção

---

<sup>1</sup> LEDUR, J. F. *A realização do direito ao trabalho*, p. 58.



no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Trata-se, portanto, de normas definidoras de direitos fundamentais, o que significa que seu titular pode, desde logo, fazê-los valer. É o que se desprende da expressão aplicabilidade imediata do art. 5º, § 1º, da Constituição. Segundo o autor, a jurisprudência dominante tem dado maior valor à legislação infraconstitucional, que não é editada, ou editada pelo uso indiscriminado de medidas provisórias, do que à própria norma constitucional, que define os direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Além disso, não está claro, entre os vários doutrinadores, qual seria o critério para a definição de determinada norma como programática ou não-vinculante. Há juristas que estipulam a determinação de uma norma como vinculante a partir da averiguação da possibilidade de constatação de sua lesão pelo Tribunal Constitucional do país – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), já que a ele cabe a análise de questões constitucionais.

E, se realmente deve ser esse o entendimento, por certo, a questão já se encontra resolvida, particularmente em relação aos Direitos Sociais, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 1.458-7 – DF<sup>3</sup>, ao decidir a cerca da vinculação à regra contida no inc. IV do art. 7º da Constituição Federal<sup>4</sup>, em sua fundamentação, reconheceu que:

A cláusula constitucional inscrita no artigo 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetividade de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo.

---

2 Id. *Ibid.* p. 116.

3 SALÁRIO MÍNIMO E SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS – AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.458-7 DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro Celso de Mello - Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS - Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional.

4 Art. 7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...].

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.”

Ou seja, o simples conhecimento e processamento da Ação, que teve por objeto a declaração de omissão constitucional quanto à aplicabilidade de regra prescrita no título dos direitos sociais, a vista do entendimento acima expendido, seria suficiente para ter-se todo o art. 7º, da Constituição, como norma vinculante, a par da conceituação doutrinária, que reconhece a vinculação da norma constitucional pela possibilidade de constatação de sua lesão pelo Tribunal Constitucional do país.

E não bastasse isso, a decisão em seu fundamento reconheceu de forma expressa a vinculabilidade e efetividade do comando constitucional. Portanto, em que pese a continuidade existente, da afirmação doutrinária do caráter meramente programático e, portanto, não vinculativo das normas de direitos sociais, a questão prática encontra-se resolvida na perspectiva jurisprudencial, isto porque tal posicionamento do STF leva ao entendimento que confere extensibilidade de tal vinculação aos demais incisos do art. 7º da CF, por trazerem o mesmo sentido e significado de proteção aos valores sociais do trabalho, e da dignidade da pessoa humana, princípios estes reconhecidos como integrantes dos fundamentos do estado brasileiro.

O problema, a ser colocado, trata não mais do reconhecimento da auto-aplicabilidade e do caráter vinculativo, mas, sim, do fato do Supremo Tribunal Federal ter entendido, nesta mesma ação, acompanhando o voto do relator, como sendo limitado o controle abstrato de omissão inconstitucional. Alegou-se a existência de reduzida capacidade do judiciário, sob fundamento de que o reconhecimento formal do estado de omissão inconstitucional imputável ao Poder Público somente pode gerar, nos precisos termos do que prescreve o artigo 103, § 2º, da Carta Política, mera comunicação, ao órgão estatal inadimplente, de que este se acha em mora constitucional, não podendo obrigá-lo à produção da medida supridora da omissão, mormente se a medida requerida for lei, a qual fica dependente da vontade discricionária do legislador, dizendo em remate que:

[...] Supremo Tribunal Federal, que não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada – ou editada de maneira insatisfatória – pelo Poder Público.

Na decisão em comento, restou claro que o STF entende o inc. IV do art. 7º como norma jurídica de aplicação imediata. O que ocorreu foi que somente deu conhecimento, ao órgão legislativo, da inconstitucionalidade por não cumprimento da norma jurídica. Limitou-se a fazer tal cientificação. Não quis dizer a norma.

E porque o fez assim?

O comando prescrito no inc. IV do art. 7º é norma de aplicabilidade imediata, que guarda princípios constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que são fundamento do estado brasileiro. Portanto, além de ser regra constitucional, de efetiva aplicabilidade como já demonstrado, traz embutida a força valorativa conferida aos princípios constitucionais. Dessa forma, é norma com característica de regra e princípio e auto-aplicável. Para que não seja cumprida deveria existir, em tese, fator de extrema relevância a impedi-lo.

A oposição colocada, e defendida pelo STF, foi o comando inscrito no § 2º do art. 103 da constituição, o qual diz que “será dada ciência ao Poder competente para a adoção de medidas necessárias”. No caso, uma omissão legislativa.

Mas, contrariamente ao dissertado na decisão aqui analisada, o dispositivo constitucional referenciado não traz embutida proibição ao Tribunal Constitucional de expedir, através de medida liminar, conforme pedido na ação em comento, a norma necessária à efetivação do direito. Uma coisa não é excludente da outra. Poderia o órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade expedir norma que suprisse a inconstitucionalidade até o momento em que o poder competente o fizesse, ao mesmo tempo em que o cientificaria para a adoção das medidas necessárias.

O alicerce da posição adotada pelo STF, conforme se pode verificar, somente procurou justificação na aplicação do princípio constitucional da separação de poderes, restando a argumentação de que o judiciário estaria legislando frente à inércia ou omissão do legislativo. Os princípios já destacados, do valor social do trabalho e fundamentalmente o da dignidade da pessoa humana, os quais reclamam aplicabilidade, apesar de terem servido de linha para fundamentação, não se fizeram valer na parte dispositiva da decisão judicial.

Entretanto, será que efetivamente esta é a solução acertada e justa para a questão? Deve ser aplicado um dogma doutrinário relativo à organização estatal em detrimento da almejada justiça social, sob a qual se orienta o ordenamento jurídico constitucional?

Tem-se, no caso, o conflito entre duas normas de caráter principiológico<sup>5</sup>. Problema este que pode ser investigado, quanto à sua solução, na “teoria dos princípios” de Robert Alexy, o que é sugerido pelo próprio autor em artigo publicado, onde diz que:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma ‘reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade’. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.<sup>6</sup>

Pelo aqui exposto até agora, e conforme já declarado, a questão da vinculação dos direitos sociais encontra-se resolvida na perspectiva jurisprudencial, restando a indagação quanto ao alcance de tal vinculação, mormente quanto ao judiciário, que se esconde atrás de um princípio da teoria do estado liberal, de caráter dogmático, o qual colide com outro, que constitui fundamento do estado social. Confronto este que caracteriza claramente uma colisão de princípios, na perspectiva de Robert Alexy, e requer uma abordagem explicativa.

---

<sup>5</sup> Quanto à essa referência a regras e princípios, cabe ressaltar o entendimento de que regras e princípios são normas jurídicas, porquanto, segundo defende Robert Alexy, ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Pode-se dizer que regras e princípios são espécies de normas que se constituem em fundamentos para juízos concretos de ‘dever ser’. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83. Concepção esta fundamental para transposição da teoria formal-positiva para o estabelecimento de uma teoria material da constituição e, particularmente, dos direitos fundamentais.

<sup>6</sup> ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 279.

### 3 Conflitos entre Regras e Colisões entre Princípios

A distinção entre regras e princípios jurídicos se apresenta sumamente relevante quando da resolução das tensões que se produzem dentro do sistema normativo. Em um sistema de normas, constituído por regras e princípios constitucionais em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, inevitáveis são os conflitos entre as espécies normativas, situação que reclama adoção de critérios capazes de resolver o conflito e salvaguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Segundo Robert Alexy:

*La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.<sup>7</sup>*

Quando o conflito se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se aplicar o critério que determina, no mais das vezes, a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais, normas de generalidade relativamente baixa. É certo, porém, que em condições muito peculiares deve ser aplicada a regra específica, ficando afastada a aplicação do princípio constitucional.

O conflito entre regras já reserva maiores dificuldades de resolução. Em determinados casos, tais tensões podem ser sanadas mediante o emprego de critérios de resolução de conflitos entre regras jurídicas. Neste caso, a regra hierarquicamente superior deroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), segundo a determinação do critério hierárquico. A regra posterior deroga a regra anterior (*lex posterior derogat legi priori*), pela aplicação do critério cronológico. Pode-se estabelecer, ainda, a prevalência da regra especial sobre a regra geral (*lex specialis derogat legi generali*), usando-se o critério da especificidade.

<sup>7</sup> ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

Há situações, entretanto, em que os presentes critérios de solução de antinomias restam insuficientes, como no caso de incompatibilidades entre dispositivos legais de um mesmo instrumento legislativo, bastante possível em codificações de leis. Nesse caso, o conflito se resolve no âmbito da validade, já que, se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas consequências jurídicas, pois contidas dentro do ordenamento normativo.

Mediante os ensinamentos de Robert Alexy, é possível afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito. Deste modo, se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de “dever ser” reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

Por sua vez, a colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor<sup>8</sup>. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma “relação de precedência condicionada”, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio, reconhecido pelo ordenamento constitucional, possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais no âmbito do valor.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais, deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual desses interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

A tensão entre princípios constitucionais, como visto, não é eliminada pela invalidação de um deles, nem, tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção em um dos princípios, de modo a limitar sua aplicação em casos futuros.

---

8 Id. *Ibid.*, p. 138-170. No item III do capítulo terceiro, o autor dedica atenção especial acerca de princípio e valor.

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al outro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.<sup>9</sup>

Equiivale dizer que, tomando em conta o caso, determinam-se as condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente.

Robert Alexy denomina “lei de colisão”<sup>10</sup> a solução da tensão de mandamentos de otimização com base na relação de precedência condicionada. E seu critério gradualista-qualitativo<sup>11</sup> consiste em conferir aos princípios o caráter jurídico de normas de otimização, que podem ser cumpridas em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas<sup>12</sup>.

A temática, assevere-se de extrema relevância, acerca da dimensão valorativa dos princípios jurídicos, continuará a ser tratada em seguida, quando se demonstrará os critérios para a resolução de possíveis colisões entre princípios, o que se faz mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, marcadamente pelo seu subprincípio da ponderação.

#### 4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha, está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, do direito estadunidense, sendo que tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. No direito brasileiro pode-se defender a impossibilidade de separação entre os dois princípios, havendo quem diga que a proporcionalidade nada mais é que uma “faceta do princípio da razoabilidade”<sup>13</sup>.

---

9 Id. Ibid., p. 92.

10 Id. Ibid., p. 94.

11 BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, p. 250. Expressão empregada por Paulo Bonavides, a fim de identificar a tese defendida por Robert Alexy como apta a distinguir as duas espécies de normas jurídicas.

12 ALEXY, R. Op. Cit., p. 86.

13 BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo** p. 68.

Os Subprincípios Constitutivos do Princípio da Proporcionalidade são: adequação, necessidade e ponderação.

A doutrina constitucional alemã, em uma visão estrutural e funcional, consagrou a existência de três elementos parciais que compõem o princípio da proporcionalidade, sendo de enorme relevância como termo de averiguação de vícios substanciais da lei ou do ato administrativo, servindo como parâmetros impositivos de limites à ação do legislador ou do administrador, bem como de máximas diretivas às decisões judiciais sobre conflitos entre princípios constitucionais.

O princípio da proporcionalidade é constituído pelos subprincípios da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou da necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Para uma melhor compreensão, far-se-á um breve apanhado conceitual acerca de cada um deles.

Pelo subprincípio da adequação pode-se entender que devem ser adotadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins da lei.

O subprincípio da necessidade exige que o Poder Judiciário apure se a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou à coletividade. Dentre as medidas disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que, em menor dimensão, restrinja e limita os direitos fundamentais dos cidadãos. “O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”<sup>14</sup>.

Não se pode adotar medida excessiva para simplesmente garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza na satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetem sensivelmente os direitos fundamentais dos cidadãos.

Pelo subprincípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito se pretende alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a decidir pela prevalência de um princípio em detrimento de outro ou outros, reconhecidamente válidos pelo ordenamento constitucional. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito entende os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas. Segundo Robert Alexy, o fundamento ao

---

14 BARROS, S. de T. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília, p. 76.



princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça<sup>15</sup>.

O Judiciário, quando da análise de situações que contemplem conflitos entre princípios constitucionais, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e o restringido por ela, a fim de ponderar acerca da justiça da situação amparada. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a decisão obteve um resultado satisfatório, e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma “relação de precedência condicionada”. Como se pode aferir, a valoração das circunstâncias demanda considerável juízo subjetivo.

Em verdade, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso; segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionados.

Pelo princípio da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a decisão procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

## **5 Necessidade da Aplicação do Princípio da Ponderação na Jurisprudência Nacional no caso do Salário Mínimo**

Voltando à problemática assinalada, já verificado que o STF superou a paralisante concepção doutrinária do caráter meramente programático das normas de direitos sociais, conforme entendimento de que a norma inscrita no inciso IV do art. 7º da Constituição tem caráter vinculante – retoma-se a questão atinente à aplicação, exclusivista, do princípio constitucional da separação de poderes, traduzido na argumentação jurisprudencial de que não poderia o judiciário expedir provimentos normativos, mesmo que provisórios, que suprissem a omissão inconstitucional.

---

15 ALEXY, R. Op. Cit., p. 112-15.

José Afonso da Silva, ao comentar que a constituição brasileira “*abeberou-se*” na Constituição Portuguesa quando da institucionalização da inconstitucionalidade por omissão, diz que não avançou mais do que essa quanto às conseqüências da decretação de inconstitucionalidade. Diz o ilustre constitucionalista:

É sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia dos legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.<sup>16</sup>

Assim, José Afonso da Silva, de forma clara, entende que o judiciário não poderia obrigar o legislador a legislar, mas ao mesmo tempo entende que a decisão jurisdicional deveria suprir a omissão constitucional até que o legislador o fizesse.

Na perspectiva regrativa isto é possível, uma vez que, conforme já anunciado, o art. 103 da constituição não traz proibição ao Tribunal Constitucional de dispor normativamente de forma necessária à efetivação do direito. Ao mesmo tempo em que a regra, contida no inc. IV do art. 7º, reclama providência para sua efetivação, e como já reconhecido, vinculando o Poder Público a uma prestação positiva, o que inclui não somente o Poder Executivo ou o Legislativo, mas também o Poder Judiciário, como parte integrante do Poder Estatal.

Somente um princípio de fortíssima valoração poderia inibir a aplicação da norma constitucional, desde que não houvesse outro que se lhe opusesse de forma diametralmente oposta e com mesma carga valorativa. Questão esta que poderia ser perfeitamente equacionada através da aplicação do subprincípio da ponderação, já esboçado no presente texto, onde se procuraria a melhor medida entre ambos, em uma relação de precedência condicionada.

No caso em análise, o Supremo Tribunal Federal encastelou-se, em postura defensiva e conservadora, através da adoção absoluta de um princípio sobre outro, uma vez que decidiu mediante a aplicação exclusiva do princípio constitucional da separação de poderes, com enfoque em seu viés dogmático doutrinário, sem que

---

16 SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 50-51.

fosse ponderada a necessidade de efetivação do direito omitido e defeso em vários outros princípios constitucionais, restando, então, argumentação de que o judiciário, ao normatizar dispositivo constitucional, estaria legislando frente à inércia ou omissão do legislativo.

Apesar de terem sido abordados na fundamentação da decisão jurisdicional – a fim de decretar-se o caráter vinculante do inc. IV do art. 7º - quando em colisão com o princípio da separação de poderes não se fizeram valer princípios como: da valorização social do trabalho, diminuição das desigualdades sociais e da dignidade da pessoa humana, que inscritos como fundamento e objetivo do Estado, significam não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesses princípios. E esses princípios abrangem, logicamente, todos os Direitos Fundamentais, encontrando-se reafirmados em diversos trechos constitucionais – arts. 1º, III, IV; 3º, I, III; 170; 193; 5º, III, V; 7º, IV, dentre outros. Reclamam aplicabilidade, e, apesar de alguns terem servido à linha expositiva da fundamentação, não se fizeram valer na parte dispositiva da decisão judicial proferida na ADIn nº 1.458-7.

E talvez - em que pese isto não ter sido demonstrado de forma explícita na decisão – a motivação que levou o STF a ter um papel de auto-restrição<sup>17</sup>, seja a concepção de que direitos sociais são custosos, e o Estado não pode atender a eles a não ser por meio daquilo que sobrar, depois de garantidos outros direitos – particularmente os individuais - sob a alegação de que esses não têm custo por demandarem prestações negativas do Estado e aqueles, ao contrário, demandam prestações objetivas por serem custosos. Essa visão é equivocada, e qualquer tentativa neste sentido mostra-se desprovida de correção quando se constata que não somente a implementação de direitos sociais, mas também a dos direitos individuais têm custo econômico.

Flávio Galdino, analisando a obra de Sunstein/Holmes – *The Cost of rights* – diz que “todos os direitos, mesmo os tipicamente individuais, são positivos”<sup>18</sup>, ou seja, demandam prestações estatais. Esses autores norte-americanos enunciam a tese de que inexistem direitos ou liberdades privados, senão que o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade depende fundamentalmente e em grande medida das instituições públicas: são, portanto, igualmente públicos<sup>19</sup>.

---

17 Sobre a auto-restrição judicial ver: ABRAMOVICHI, V.; COURTS, C; *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, p. 127.

18 GALDINO, F. *O Custo dos Direitos*, p. 183-188.

19 Id Ibid. p. 184

É grande a quantidade de recursos necessários à manutenção de direitos individuais, como, por exemplo, o direito à propriedade, segundo o qual o Estado deve intervir para sua garantia por meio da manutenção de um aparato que tem por objetivo impedir a turbação ou o esbulho de terceiros, o qual se concretiza na organização de diversos serviços públicos, pois a este direito é destinada grande parte da atividade policial, da justiça civil e penal, e também de registro, controle e uso da propriedade móvel e imóvel<sup>20</sup>. Assim também a realização de eleições e a manutenção de uma justiça eleitoral revelam que existe um custo para o exercício de direitos políticos. Também outras formas de direitos individuais, como a liberdade de comércio, a qual exige do Estado um agir negativo que pode ser até a não-intervenção do aparelho estatal em determinado setor da economia, exigem a intervenção positiva do Estado, que diz respeito à manutenção de instituições políticas e judiciais necessárias ao seu exercício.<sup>21</sup>

Parece ser incontestável que, para asseguramento e garantia de direitos individuais, sejam quais forem, são necessárias prestações positivas ou negativas do Estado, das quais podem decorrer custos, afirmação esta que é compartilhada por Canotilho, o qual, conceituando direitos individuais e denominando-os “direitos de defesa”, entende que estes demandam gastos e, portanto, uma prestação positiva do Estado<sup>22</sup>. Pode dizer-se o mesmo dos direitos sociais, os quais, em determinadas condições, demandam um agir negativo do Estado, como, por exemplo, quando, para garantia do direito à livre organização sindical e à greve, exige-se a inércia estatal.

Mostra-se deslocada da realidade fática a argumentação de que os direitos individuais se diferenciam de direitos sociais por aqueles não ensejarem uma prestação positiva que demande custos e estes, ao contrário, dependerem de gastos do Estado para sua consecução. E mesmo a tipologia “individual/coletivo” tem sido contestada. Sarlet defende a idéia de que todos os direitos são de “titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”, exemplificando que é o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, à saúde, à assistência social, à aposentadoria, etc<sup>23</sup>.

---

20 Ver ABRAMOVICHI, Vitor. y COURTS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**, p. 24

21 Id. Ibid.

22 CANOTILHO, J. J. G. Apud, KRELL, A. J., p. 245.

23 SARLET, I. W. p. 22-23.

Se todos os direitos exigem prestações negativas e positivas, ao mesmo tempo em que todos os direitos custam, a definição quanto à aplicabilidade, à prevalência ou à preferência desses direitos não pode ser sobre a idéia de que uns custam e outros não. A questão a ser apresentada é saber como deve ser definida essa prioridade se não houver recursos para o cumprimento simultâneo de todo o catálogo de direitos.

Se não existe distinção que não seja meramente ideológica e de opção por um modelo de Estado entre os direitos fundamentais – sejam eles individuais ou sociais -, pode-se colocá-los em mesmo nível hierárquico. E em um confronto poderão, dependendo das circunstâncias, prevalecer os direitos sociais em detrimento dos individuais.<sup>24</sup> Sendo assim, parece que a ponderação de bens é o melhor caminho. Não há como deixar de concordar com Sarmiento, que coloca todos os princípios de direito que envolvem os direitos fundamentais submetidos unicamente ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>, dele devendo derivar todo o direito, posicionamento este que encontra respaldo em Vieira de Andrade<sup>26</sup>.

Não há, porém, que se desprezar o fato da existência de limites financeiros para realização das despesas com o exercício dos direitos fundamentais. É uma realidade concreta que os Estados podem dispor de recursos para custear a sua atividade à medida que haja o ingresso suficiente de receita. Os gastos ficam, portanto, adstritos a um orçamento público, o qual faz a previsão de receita e indicando a fonte da arrecadação ao tempo em que limita a execução da despesa e contempla, excluindo ou restringindo gastos com certos direitos, as prioridades definidas pelo Executivo e pelo Legislativo mediante o devido processo. Ao mesmo tempo, tem sido tarefa do Executivo decidir as prioridades no momento da execução do orçamento, ou seja, quais tarefas se realizarão prioritariamente<sup>27</sup> e, caso o ingresso de recursos seja inferior ao previsto, quais deixarão de se realizar. Mas a não-efetivação de direitos fundamentais sociais não pode ter por obstáculo a explicação de que existe “não-previsão orçamentária” ou que, tendo sido prevista, ocorreu “exaurimento de recursos orçamentários”. Acontece que a elaboração do orçamento deve contemplar todas as diretrizes estabelecidas na Constituição, e não há que se privilegiar certos direitos em detrimento de outros. E o mesmo se diga quando ocorre a execução do orçamento por parte do administrador público,

24 GALDINO, F. Op. Cit., p. 210-211.

25 SARMENTO, D. Ponderação de interesses na Constituição Federal, p. 75.

26 ANDRADE, J. C. V. de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 371.

27 KRELL, A. J. p. 242.

que tem sua discricionariedade limitada à vista dos direitos consagrados na Constituição. O estabelecimento de prioridades orçamentárias deve ser retirado da própria constituição, conforme as diretrizes dela emanadas, sob pena de ser tido como inconstitucional. E o gerenciamento dos recursos orçamentários, por sua vez, deve ter por motivação e limite o mesmo comando constitucional, sem o qual também estaria exorbitando a competência delegada constitucionalmente.

A partir daí, surge a questão: a quem cabe decidir definitivamente nas situações em que há de haver decisão sobre qual direito deve ser privilegiado e qual deverá aguardar sua vez quando não existe receita suficiente para arcar com toda a despesa necessária. Mais precisamente, deve-se ter definido, juridicamente, qual é o papel que o Judiciário deve desenvolver no momento em que o Estado, por meio de suas instituições, é chamado a decidir dentro de possíveis limitações ao custeamento dos direitos, principalmente quando são fundamentais.<sup>28</sup> A resposta a isso pode ser encontrada na concepção de Clève o qual alega a existência de duas dimensões dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito à condição de direitos subjetivos que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A segunda compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais, aos quais vincula também o Judiciário<sup>29</sup>.

E na esteira do ensinamento de Alexy, quando da tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional vigente – que no caso em questão podem ser definidos como da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana de um lado; e de direitos individuais traduzidos pela liberdade de iniciativa e de propriedade de outro, aos quais se pode juntar o dever do Estado em assegurar outros direitos sociais – o Judiciário deve agir de forma a que o princípio de menor peso, segundo circunstâncias e condições particulares do caso concreto, ceda aplicabilidade ao de maior valor, em uma “relação de precedência condicionada”. Não devem ser estipuladas cláusulas de exceção, como nos casos entre conflitos de regras, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais colida. Busca-se, pela máxima da ponderação, avaliar, ante as condições do caso, qual valor detém maior peso, e que deverá prevalecer na ocasião. E, visivelmente, não se pode utilizar um princípio que não é de direito fundamental – da separação

---

28 Id. *Ibid.* p.246.

29 CLÈVE, C. M. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 1551.

de poderes – para colidir com direitos sociais em uma clara filiação a uma “dogmática da razão de estado”<sup>30</sup>, maximizando esse princípio para retirar a aplicabilidade e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais.

Em última análise, não existem princípios constitucionais absolutos ou um princípio constitucional absoluto que, em colisão com outros princípios, precederá independentemente da situação posta<sup>31</sup>. E o Tribunal Constitucional não pode furta-se a confrontar os princípios de direitos fundamentais que estejam colidindo, e nem deixar de justificar de forma fundamentada os motivos que o levam à aplicação de um princípio dogmático em detrimento de outro que é fundamento do Estado e da sociedade. Ainda mais que não se pode negar que os princípios precedidos no caso vertente são mandamentos de otimização, fortes o bastante para preceder aos outros, em praticamente todas as situações de colisão.

## 6 Considerações Finais

Uma análise do sistema jurídico constitucional brasileiro deve levar em consideração que o debate acerca da programaticidade das normas sobre direitos fundamentais da constituição, em que pese a insistência de grande parte dos doutrinadores no combate à disposição contida no parágrafo único do art. 5º, o qual lhes confere aplicabilidade imediata, perde força a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal, como a emanada na ADIN 1.458-7 – DF, que definiu o inc. IV do art. 7º como norma que vincula o poder constituído à efetividade de uma prestação positiva, ao mesmo tempo em que coloca a questão acerca da efetividade desses direitos em outro patamar.

O problema que se apresenta diz respeito à possibilidade do sistema de controle da constitucionalidade da República Federativa do Brasil, através do seu critério concentrado de controle, proceder de forma a resolver questões ligadas à omissão do poder vinculado em fazer cumprir os direitos inscritos constitucionalmente.

30 CLÈVE, C. M. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais sociais*, p. 151. Na perspectiva jurídico-ideológica, é contundente a observação de CLÈMERSON CLÈVE, o qual, fazendo um corte bipolar, defende a idéia de que contemporaneamente se encontram delineadas duas correntes doutrinárias: uma denominada “dogmática da razão do Estado” e outra que chama de “dogmática constitucional emancipatória”. A primeira tem como característica principal a insensibilidade aos institutos que formaram a nova ordem constitucional e a ligação com a manutenção do *statu quo* ao procurar legitimar a atuação do poder político, qualquer que seja ele. A segunda apresenta-se com o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana: “Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.”

31 ALEXU, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 94.



Isso porque, a natureza normativa e vinculativa das regras e princípios constitucionais sobre direitos fundamentais pode colidir com outros princípios, entre eles os que digam respeito à organização e estrutura do estado e dos poderes, além de outros que lhe possam ser contraditórios.

Tal problemática enseja o estabelecimento de critérios para a solução de conflitos surgidos entre tais espécies normativas, quando da sua aplicação à resolução do caso concreto. A referência não toca às antinomias próprias que surgem quando da contradição entre regras jurídicas, ou entre regras e princípios. Diz respeito às antinomias impróprias, que não resultam de incompatibilidade insuperável entre princípios constitucionais, capazes de serem solucionadas pela aplicação de um princípio em detrimento de outro ou outros, em uma relação de precedência condicionada.

A “teoria dos princípios”, de Alexy, pode ser instrumento importante na solução de colisão de princípios constitucionais, reconhecidamente válidos no sistema normativo brasileiro. Principalmente se aplicada para solucionar o problema enfrentado quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, que não vêm tendo utilidade prática no ordenamento jurídico, para que efetivamente possa o judiciário dizer o direito, expedindo provimento normativo em caso inconstitucionalidade derivada de omissão do legislativo.

Para que isso ocorra, se faz necessário que o Tribunal Constitucional brasileiro adote uma postura mais arrojada, menos conservadora e de não submissão a interpretações dogmáticas, como a versada sobre a “separação de poderes”, que não encontram abrigo em uma época na qual a própria doutrina do direito vem buscando e apresentando construções racionais que modifiquem e legitimem a relação do poder com a sociedade, a quem efetivamente são dirigidas as emanações da constituição.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICHI, V.; COURTS, C. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre: Síntese, v. 17, 1999.

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

ANDRADE, J. C. V. de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.





- \_\_\_\_\_. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília – DF: Brasília Jurídica, 1996.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais sociais. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, n. 8. jul/set, 2003. (degravação)
- \_\_\_\_\_. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GALDINO, F. O Custo dos Direitos. In: BARCELOS, A. P. et al. **Legitimação dos Direitos Humanos**. (Org.) Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- KRELL, A. J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In **Revista de Informação Legislativa/Senado Federal**, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1999.
- LEDUR, J. F. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Direito Público**. v.1, n.2. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.
- SARMENTO, D. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.



## ESTADO PUNITIVO: O CAMINHO MAIS CURTO PARA O PIOR

*Cezar Bueno de Lima\**

### RESUMO

Trilhando o caminho clássico da função punitiva, o Estado, mediante forte apoio da mídia, vem recrudescendo sua ação penal na tentativa de enfrentar a ocorrência do crime, fenômeno que assusta e apavora quem vive nos grandes centros urbanos. Cresce a sensação de que, nesta esfera de administração dos conflitos sociais, tanto o aparelho de Estado quanto os teóricos da criminologia oficial têm colecionado o fracasso como resultado. Aumenta a convicção social sobre a incerteza e a ineficácia da política oficial punitiva na busca de solução e controle do crime. Esse tipo de reação estatal não oferece recompensa às vítimas do crime, permite que os presos sejam violentados e não impede que a desconfiança e o medo cheguem a tal ponto de a sociedade já não saber mais o que fazer.

**Palavras-Chave:** Estado punitivo; direito penal; prisão; descriminalização; abolicionismo penal.

### ABSTRACT

Following the classical way of the punishing function, the State, through strong media support, has been recrudescing its penal action in the attempt to face crime occurrence, a phenomenon that frightens and terrifies those who live in big urban centers. There is an increasing feeling that in this scope of social conflicts administration, not only the State apparatus but also the official criminology theorists have failed. It also increases the social conviction about the uncertainty and inefficacy of the official punishing policy in search of solutions and crime control. This kind of State reaction does not reward crime victims. It allows prisoners to be harassed and does not hinder distrust and fear to reach such a point that the society feels unable to do something about it.

**Key words:** Punishment state; penal law; prison; decriminalization; penal abolitionism.

---

\* Professor de Sociologia geral e jurídica do curso de Direito da UniFil.

Professor de sociologia geral e jurídica do curso de Direito da PUC - Campus Londrina.

Doutorando em Ciências Sociais pela PUC/SP.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Estado Punitivo e seus Desdobramentos. 2.1 Vingar ou resolver os crimes ditos praticados? Duas saídas possíveis. 2.2 Impor outra lógica e revolver os problemas em outro lugar. 3 Considerações Finais.Referências.

## 1 Introdução

No mundo antigo a existência da lei penal tinha por objetivo punir os escravos. Havia o consenso geral de que a pessoa livre poderia perder sua vida, mas não sua liberdade. Com a emergência do racionalismo ocidental e a vitória da dupla revolução européia do XIX, a sociedade foi marcada pela divisão de classes e a esperança burguesa na mão punitiva do Estado. Este, em nome da prevenção geral, deveria impor o castigo generalizado<sup>1</sup>. No século seguinte, os crimes estatais ofereceram espetáculos criminais consumados por duas guerras mundiais.

No mundo atual, o aparelho estatal punitivo continua prometendo alcançar todos os violadores da lei, mas, devido uma série de motivos, restringe sua ação à caça dos miseráveis cuja violação da lei penal é, em larga medida, explicada em função dessa desvantagem.

O processo de racionalização da justiça penal moderna teve por efeito institucionalizar o conceito de culpabilidade “formalmente legalizado, centrado no ato, e não na pessoa do infrator, e na defesa da “punição proporcional ao dano infligido à vítima”<sup>2</sup>. O objetivo da punição foi e continua sendo retirar do infrator o que lhe custa mais caro: sua liberdade.

Desde sua formulação legal abstrata, o direito penal punitivo constitui uma das áreas mais refratárias à mudança no mundo social e jurídico<sup>3</sup>. A necessidade da punição permanece constituindo um dogma no seio do pensamento penal e criminológico contemporâneo. Propostas que visam reformar e aperfeiçoar o sistema penal também esbarram em limites estruturais, uma vez que deixam praticamente intocáveis uma reflexão mais profunda acerca da punição como resposta às ações criminais.

---

1 PASSETTI, E. Sociedade de controle e abolição da punição. In: *Violência e Mal-Estar Na Sociedade. São Paulo em Perspectiva*, v. 13, n. 3, jul/set/1999, p. 61.

2 PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**, p. 19.

3 BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**, p. 62.

Na área do direito penal e da criminologia oficial nenhuma novidade, desde Beccaria, tem surgido sobre a finalidade da punição. O aspecto *dissuasivo permanece sendo a* mola para justificar a punição. Um estudo clássico feito por Beccaria acerca da finalidade da pena afirmava o seguinte: a finalidade das penas “não é atormentar, afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido”. A verdadeira finalidade das penas, comenta o autor, é “impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”. Em poucas palavras, o objetivo da pena é a prevenção geral contra a ocorrência de crimes.

Uma crítica dirigida ao pensamento criminológico contemporâneo deveria formular a seguinte questão: por que uma reação punitiva seria mais adequada do que respostas não punitivas para resolver os conflitos sociais? O que justificaria este desejo obsessivo de punir sempre mais e com maior rigor?

## 2 O Estado Punitivo e seus desdobramentos

A sociedade, apesar da expansão do aparelho estatal punitivo, tem convivido com a explosão da litigiosidade individual e coletiva em:

- a) áreas de exclusão em que predominam pouca tolerância penal com os crimes de menor gravidade (furtos);
- b) devido ao maior grau de tolerância social com a delinquência juvenil em franca expansão;
- c) em razão da existência de áreas urbanas (pedaços de cidade) imunes à aplicação da lei<sup>4</sup>.

Uma das razões do crescimento da litigiosidade no mundo atual decorre da diminuição do Estado social e do aumento do Estado penal<sup>5</sup>. Basta olhar para o perfil criminal dos encarcerados em países como os EUA onde as prisões estão repletas de pequenos delinquentes e toxicômanos.

Contrariando o discurso político e midiático dominante, as prisões nos EUA e em outros lugares acolhem não criminosos perigosos e violentos, mas vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo ou simples atentados à ordem pública. Em 1998, afirma Wacquant, a quantidade de condenados por contenciosos não-violentos reclusos “rompeu sozinha a cifra simbólica do milhão. Menos da metade tinha emprego em tempo integral no momento de ser posta atrás das grades”<sup>6</sup>.

---

4 ADORNO, S. Violência e civilização. In: SANTOS, J. V. T. dos; GUGLIANO, A. A. (Orgs.). Sociedade Brasileira de Sociologia: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA. PELOTAS: EDUCAT.11. 1999. Universidade Católica de Pelotas. **Anais**. p. 92.

5 WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2001.

6 Id. *Ibid.*, p. 83.

A expansão da política de criminalização em países como os EUA pretendeu impor às classes pobres daquele país o dever do trabalho precário e sub-remunerado, como se fosse uma obrigação cívica servir o exército. A prisão, imaginam as autoridades policíacas norte-americanas, deveria funcionar como uma instituição pedagógica, visando preparar os encarcerados para o mercado de trabalho desqualificado e mal pago.

Além das funções já descritas, o sistema prisional cumpre outro papel: atua como um poderoso instrumento regulador de acesso dos segmentos inferiores no mercado de trabalho e produz um duplo efeito: comprime artificialmente o nível de emprego ao “subtrair à força milhões de homens da população em busca de um emprego” e provoca, na seqüência, “um aumento de emprego no setor de bens e serviços carcerários”<sup>7</sup>. Postos de trabalho precários e sub-remunerados se multiplicam devido à privatização das punições.

Se os novos fundamentos que justificam a necessidade da punição e do aumento das prisões não produzem efeitos esperados (contenção do crime), por que não buscar outras formas, priorizando soluções não punitivas para resolver o problema? Por que, depois de quase dois séculos de existência, o aparelho punitivo prisional, custoso, ineficiente, fomentador da escola do crime e indutor da reincidência, pois converte o infrator ocasional em delinqüente permanente, não pára de crescer?

Um dos objetivos explícitos das instituições prisionais é o exercício de punir. A ineficácia dos princípios da ideologia penal punitiva que prevê correção, trabalho e educação provém do próprio reconhecimento empírico de que a prisão não “reduz a criminalidade, provoca reincidência, converte-se numa fábrica de delinqüentes, favorece a organização de criminosos” e não corrige<sup>8</sup>. Nesse sentido, o discurso da punição produz um efeito mais ideológico do que a preocupação efetiva de combate e controle da criminalidade cotidiana.

A crise instada e oficialmente admitida pelo próprio sistema leva o poder político institucional a aceitar o fato de que a reação punitiva estatal deve apenas apoiar-se na idéia de “retribuição e prevenção especial”<sup>9</sup>. Já se admite que a pena não tem outra função a não ser expressar uma manifestação simbólica e justificar a continuidade do poder estatal de vingança. A crença na reação punitiva oficial constitui uma mera fantasia na medida em que a ação efetiva do poder punitivo estatal limita-se a identificar e resolver apenas um pequeno número de ações criminalizáveis que ocorre cotidianamente.

<sup>7</sup> WACQUANT, Op. Cit., p. 97.

<sup>8</sup> SANTOS, J. C. dos. **A criminologia radical**. 1981, p. 5.

<sup>9</sup> KARAN, Utopia Transformadora e Abolição do Sistema Penal. In: PASSETI, E.; SILVA, R. B da S. (Orgs.). **Conversações abolicionistas: Uma Crítica Do Sistema Penal e Da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997.

O Estado penal, afirma Karan (1997), não tem condições e nem o propósito de punir todos os eventos criminais que ocorrem na sociedade. A intervenção do aparato oficial de repressão e controle foca sua ação a um grupo previamente definido de indivíduos socialmente descartáveis, vinculados à prática de roubo, estupro, seqüestro, estelionato e certos tipos de homicídios. A ação punitiva estatal alcança esse pequeno grupo de violadores da lei com o propósito de impor-lhe uma carga de sofrimento pessoal<sup>10</sup>.

Ao atuar dessa maneira, o aparato oficial punitivo oferece aparentemente proteção, segurança e tranqüilidade à sociedade. A opinião pública, perplexa, acuada, amedrontada e cotidianamente bombardeada pelo sensacionalismo da mídia, que em muitos casos fabrica e constrói a imagem de uma realidade sombria e sem lei, oferece o combustível de que precisa a burocracia oficial de controle para manter e fortalecer políticas criminais ultra-repressivas com o propósito de realizar o desejo irracional do castigo individualizado.

A forma mais profunda de manifestação da reação punitiva estatal diz respeito à privação da liberdade do agente que exerceu delito penal. A produção de discursos moralizantes e polarizadores serve para separar os bons dos monstros e justificar a urgência da aplicação da pena, visando afastar o delinqüente infrator do convívio social. Esta atitude simples, aparente e ilusória de resolver os problemas pretende oferecer aos indivíduos bons, corretos e virtuosos, que escapam do processo de condenação, a sensação de inocência coletiva.

Em termos de intervenção prática, afirma Karan que a eficácia do sistema penal reside “na excepcionalidade de sua atuação”. Afinal, quem poderia dizer que nunca cometeu “um pequeno furto, um atestado de médico falso, a compra de um produto de origem duvidosa [...] um jeitinho para pagar menos imposto de renda, uma propina para o guarda<sup>11</sup>”, dirigiu embriagado, falsificou assinatura, adulterou remédios em laboratório, combustíveis nos postos de gasolina, fomentou a indústria da pirataria, etc. Imagine se todos esses fatos fossem, efetivamente, alcançados pelo braço repressor do Estado, como prescreve o direito penal. O resultado lógico, porém, absurdo, seria a punição generalizada. A sociedade inteira transformar-se-ia num vasto presídio<sup>12</sup>.

---

10 KARAN, Op. Cit., p. 71.

11 Id., p. 72

12 A sociedade atual, afirma BOFF (1996 p. 99), gosta de dramatizar a violência. Jornais, rádio, TV etc, apresentam os números da perversidade dos crimes e o número de vítimas feitas com o propósito de converter a violência como o mais urgente problema nacional. Na verdade, continua o autor, morre mais gente em acidentes de tráfego (30 mil/ano), em consequência da fome e das doenças da fome em decorrente da ordem que os beneficia.

A atuação seletiva do aparelho oficial punitivo constitui uma premissa do próprio sistema. Este, não poderia ser funcional se pretendesse alcançar realmente todas as condutas criminalizáveis<sup>13</sup>. Ao atuar na realidade, sabendo que somente alguns casos poderão ser resolvidos, e procurando, na seqüência, qualificá-los como sendo os únicos que efetivamente merecem “uma resposta punitiva exemplar”, o que pretende o Estado? Identificar não a realidade do crime, mas um pequeno grupo de delinqüentes habituais, oferecendo-os à mídia e, portanto, à sociedade como bodes expiatórios. Com isso, o aparato oficial de controle, aliado à capa protetora dos meios de comunicação de massa, cumpre uma preciosa tarefa: “personificar a figura do mau, do inimigo, do perigoso”, do delinqüente incurável. Isso não resolve o problema, não contém a escalada do crime, não intimida os violadores da lei, não tranqüiliza a população, mas serve para justificar a expansão urgente de gastos estatais com segurança, contratação de pessoal, construção de presídios e fomentar a indústria do crime. O que fazer?

## 2.1 Vingar ou resolver os crimes ditos praticados? Duas saídas possíveis

O desenvolvimento de estudos sociológicos e criminológicos, a partir dos anos 40 do último século, mostrou a realidade da prisão e do tratamento penitenciário que convive com altas taxas de reincidência além de fazer surgir, como em todas as instituições fechadas, uma variável subcultural específica, denominada de população carcerária<sup>14</sup>.

No interior da prisão co-habitam dois sistemas de vida: o oficial, representado pelas normas legais que disciplinam o cotidiano no cárcere, e o não-oficial que realmente rege a vida dos internos e as relações entre eles. Na fase de internamento, escreve Cervine que a personalidade do detento adquire seqüelas psíquicas irreversíveis ao ser levado a adaptar-se a uma nova forma de vida, uma nova linguagem, novas relações de amizade, novos hábitos de comer, vestir e dormir, produzindo fraturas irreversíveis na vida do interno.

---

13 BARROS, J. M. de A. In: **Educação e Sociedade: mudança ou transformação?** (20). São Paulo: Cortez. CEDES, Jan./abr./1985.

De acordo com o autor, o campo da violência no país é muito maior que o crime. Insere-se nas relações sociais mais simples: marido que reprime a mulher, o chefe que sufoca o subordinado passando pelas relações mais complexas de exploração econômica, poluição ambiental etc. Porém, a violência e o crime no Brasil reduzem-se à combinação de duas tendências determinantes: primeiro, reduz-se a violência ao crime violento; segundo, amplia-se o conceito de crime às relações sociais dos grupos que habitam as periferias.

14 CERVINE, 1999.

O fenômeno da estigmatização penal cria entraves intransponíveis rumo a uma ‘vida normal’. A prisão, avalia Cervine, produz o isolamento do encarcerado e pune simultaneamente o interno, sua mulher e seus filhos que ficam sem o sustento durante o período de reclusão. O fenômeno da ‘transferência da pena provoca a deterioração da família e da imagem familiar no grupo social<sup>15</sup>.

Diante do quadro exposto, movimentos político-teóricos, vinculados à descriminalização e ao abolicionismo penal, advogam, ao contrário do modelo punitivo penal vigente, o fim do castigo e da diabolização penal do outro em favor da utilização de mecanismos não punitivos como forma de resolver os conflitos sociais.

Os defensores do abolicionismo penal procuram convencer sobre a necessidade de superação da justiça penal punitiva, atuando em duas frentes: uma institucional, outra, acadêmica. Afirmam, no primeiro caso, que a justiça criminal pode ser superada pela humanidade tal como ocorreu com o escravismo, com o racismo e outras formas de discriminação social. Em segundo lugar, o abolicionismo penal procura questionar o pensamento unilateral dos teóricos da criminologia positivista que, através de elucubrações teóricas, procuram convencer os estudantes de que a justiça criminal punitiva é a melhor resposta para a ocorrência do crime e para sua prevenção no interior da vida social, sem questionar o próprio conceito ontológico de crime.

Algumas objeções levantadas contra a vigência e a legitimidade do Estado penal punitivo referem-se à admissão oficial e espontânea da realidade do crime como um fenômeno natural; à evidência empírica de que a máquina de controle penal atua seletivamente e; ao fato do sistema penal desqualificar a voz e o interesse da vítima na solução do problema<sup>16</sup>.

Situações definidas “legalmente como crimes não possuem nenhuma qualidade inerente que os torne crimes e que nos permita distingui-los de outros eventos proibidos, dolorosos ou ameaçadores<sup>17</sup>”. Não obstante, o sistema criminal está autorizado a empreender uma ação contra tais eventos criminais. A organização cultural do sistema de justiça criminal é individualizante, isola pessoas para atribuir-lhes responsabilidades pessoais. Foca o criminoso e não a situação.

---

15 Id. *Ibid.*, p. 44.

16 CELIS, J. B. de; HULSMAN, L. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

17 HULSMAN, apud, SCHEERER, 1997, p. 221.



O sistema de justiça criminal pode ser considerado o único em que seus “clientes potenciais não têm voz, e tampouco sentem necessidade de seus serviços<sup>18</sup>”. As vítimas não querem comprar seus algozes. Buscam proteção e reparação. A realidade e os estudos mostram que tais produtos não podem ser vendidos pela justiça criminal.

O sistema de justiça penal jamais será capaz de alcançar a maioria das infrações cometidas e, tampouco, oferecer uma resposta adequada aos crimes alcançados no sentido de repor vítima e infrator em uma situação realmente produzida pelo ilícito penal.

Os adeptos do abolicionismo penal afirmam que a atuação da vítima é decisiva na solução dos problemas infracionais. Ao invés de concebê-la com desprezo na condução do processo que apura o crime, como faz a máquina penal oficial, deve-se oferecer à vítima “voz e vez (na) relação principal que define [...] as situações conflituosas<sup>19</sup>”. O ressentimento justificável da vítima não pode, como deseja a Estado punitivo, ser compensado pela vingança pública e dissimulada contra o preso.

O abolicionismo penal põe em xeque os fundamentos que balizam o direito penal e a política criminal atual e sugere a necessidade de abrir espaços para o surgimento de outras respostas ao crime. Os abolicionistas defendem a ampliação do enfoque criminológico atual “centrado no ato e no autor do ato”; ressaltam a importância de focar as situações conflituosas no lugar onde ocorrem o desvio e a criminalidade e produzir, a partir daí, ações e reações para a solução do problema. Como transformar na prática o atual modelo de atuação do Estado penal?

## 2.2 Impor outra lógica e revolver os problemas em outro lugar

Propostas em defesa de um amplo processo de descriminalização<sup>20</sup> admitem que muitos atos infracionais são praticados por delinquentes ocasionais que não requerem reclusão nem tratamento. Pessoas portadoras de doenças mentais, alcoólatras, farmacodependentes não devem responder por seus atos no âmbito penal. Isso pode ser melhor resolvido mediante a adoção de políticas de:

---

18 Id., p. 223.

19 CARVALHO, P. A. de. O Sentido Utópico Do Abolicionismo Penal. In: PASSETI, E.; SILVA, R. B da S. (Orgs.). **Conversações abolicionistas: Uma Crítica Do Sistema Penal e Da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 49.

20 CERVINE, 1999, p. 69-76.

- a) desistitucionalização cujo impacto imediato é fazer o sistema funcionar com um numero mínimo de internos, substituindo ao máximo as penas privativas de liberdade;
- b) despenalização criminal, visando diminuir e atenuar a pena de um delito sem descriminalizá-lo, mantendo seu caráter de ilícito penal;
- c) diversificação da pena, suspendendo os procedimentos criminais e oferecendo às partes diretamente envolvidas em conflito (vizinhos, delinqüente e vítima, conflitos ambientais etc) a possibilidade de solução do problema.

Torna-se igualmente urgente a criação de “redes sociais externas ao direito penal<sup>21</sup>” como meio de valorizar a mediação comunitária na reconciliação entre delinqüente e vítima em casos de delitos de roubo, vandalismo, arrombamento, entre outros. Trata-se, portanto, de pôr em ação uma política de descentralização do poder estatal, caro e ineficiente, e fortalecer as unidades sociais autônomas, trabalhando na base.

### 3 Considerações Finais

A melhor solução para resolver inúmeros conflitos, que hoje se encontram circunscritos pelo direito penal, é abolir a noção de crime e retirar o conceito jurídico de ato punível “para reencontrar o acontecimento e a situação realmente vividos<sup>22</sup>”. Isso exige operar uma completa renovação de todo o discurso em torno do chamado fenômeno criminal e da reação social que ele suscita.

Impor outra lógica com o intuito de descriminalizar comportamentos, tais como o homossexualismo e prostituição que vão, conforme a legislação do país, desde a proibição sob ameaça penal, liberdade total ou controle administrativo. Atos como a embriaguez apenas indiretamente interessa à lei ocidental no caso de dirigir embriagado. O mesmo ocorre com a proibição do tráfico, exceto o consumo pessoal. Já é tempo de abolir os conceitos de crime, de delitos e convertê-los em *situações problemáticas* cuja solução deve envolver as pessoas diretamente afetadas. Aqui reside uma solução humana distante do estilo punitivo atual dominado pelo pensamento jurídico estatal, distante da realidade devido sua rigidez formal, sua estrutura burocrática e seu discurso preso à idéia de gravidade.

---

21 CERVINE, 1999, p. 77.

22 CELIS, J. B. de; HULSMAN, L. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 95.

Retirar do Estado e devolver às pessoas envolvidas nos conflitos o domínio sobre a noção de gravidade, intenção de fazer mal, culpabilidade, etc, exige abolir a vigência de leis uniformes que deveriam ser automaticamente aplicáveis e convertê-las em situações-problema ajustando-se à variabilidade dos fatos. A exclusão da lei penal, de caráter universalista e hierarquizado, possibilita reconhecer outras formas de acordo e de aceitação mútua das diferenças.

As pessoas que sustentam a inevitabilidade da existência do direito penal, argumentando que a hipótese da abolição das penas resultaria no aumento dos atos violentos, devem provar seus argumentos em dois sentidos: que o sistema penal “protege eficazmente contra essa espécie de risco”; que o sistema penal seja o único mecanismo capaz de garantir tal proteção<sup>23</sup>”. Até o momento nenhuma dessas duas proposições foram cientificamente demonstradas. O discurso oficial que justifica o Estado penal, como meio de sobrevivência das pessoas, jamais funciona de acordo com os princípios que pretendem legitimá-lo.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, S. Violência e civilização. In: SANTOS, J. V. T. dos; GUGLIANO, A. A. (Orgs.). Sociedade Brasileira de Sociologia: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA. PELOTAS: EDUCAT.11. 1999. Universidade Católica de Pelotas. **Anais**, p. 77-106.
- BARROS, J. M. de A.. In: **Educação e Sociedade: mudança ou transformação?** (20). São Paulo: Cortez, CEDES, Jan./abr./1985.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
- CARVALHO, P. A. de. O Sentido Utópico Do Abolicionismo Penal. In: PASSETI, E.; SILVA, R. B da S. (Orgs.). **Conversações abolicionistas: Uma Crítica Do Sistema Penal e Da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim. 1997.
- CELIS, J. B. de; HULSMAN, L. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam. 1993.
- HULSMAN, L. Temas e Conceitos Numa abordagem Da Justiça Criminal. In: PASSETI, E.; SILVA, R. B da S. (Orgs.). **Conversações abolicionistas: Uma Crítica Do Sistema Penal e Da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim. 1997.

---

23 Id. *Ibid.*, p. 107.



KARAN, M. L. Utopia Transformadora e Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, E.; SILVA, R. B da S. (Orgs.). **Conversações abolicionistas: Uma Crítica Do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim. 1997.

PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou punir?: como o Estado trata o criminoso**. 2. ed. São Paulo: Cortez. 1991.

PASSETTI, E. Sociedade de controle e abolição da punição. In: Violência e Mal-Estar Na Sociedade. São Paulo. **São Paulo em Perspectiva**, v.13, n.3, jul/set/1999.

SANTOS, J. C. dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

SCHEERER, S. Um Desafio Para o Abolicionismo. In: PASSETTI, E.; SILVA, R. B da S. (Orgs.). **Conversações abolicionistas: Uma Crítica Do Sistema Penal e Da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim. 1997.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Zahar. 2001.



# O INSTITUTO DO PRECATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA E DOS CREDORES

*Ellen Patrícia Chini\**

## RESUMO

O presente estudo visa a demonstrar que a sistemática estabelecida pelo ordenamento para a satisfação dos créditos resultantes de condenação judicial é compatível com as especificidades da Fazenda Pública que a impedem de dar cumprimento às obrigações judiciais de forma idêntica à estabelecida aos particulares, além de constituir instrumento de garantia aos credores da observância, pela Administração Pública, ao princípio da impessoalidade consagrado pela Constituição Federal.

**Palavras-Chave:** Fazenda Pública; Precatório; Constituição Federal.

## ABSTRACT

The present study is meant to demonstrate that the practice established by the legal system to satisfy credits resultant from judicial sentence is compatible with the specificities of the Public Treasury that prevent it from complying with judicial obligations in the same way as it is established to individuals, besides being an instrument of guarantee to creditors that the Public Administration will follow the principle of being impersonal as celebrated by the Federal Constitution.

**Key-Words:** Public Treasury; Precatório; Federal Constitution.

---

\* Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UniFil.  
Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.  
Procuradora do Município de Londrina.  
E-mail: ellen.chini@londrina.pr.gov.br

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Generalidades da Fazenda Pública. 2.1 A expressão Fazenda Pública; 2.2 A Fazenda Pública em juízo. 3 A Execução de título judicial contra a Fazenda Pública. 3.1 Fundamentos da execução diferenciada. 3.2 O procedimento executivo no Código de Processo Civil. 3.3 As requisições de pagamento. 4 O precatório na Constituição Federal. 4.1 Observância à ordem cronológica. 4.2 O seqüestro. 4.3 O pedido de intervenção. 4.4 Responsabilidade dos Agentes Públicos. 5 Exceções à ordem cronológica. 5.1 Os créditos alimentares. 5.2 As obrigações de pequeno valor. 6 Conclusões. Referências.

## 1 Introdução

Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentenças judiciais, diferem-se daqueles que envolvem apenas os particulares, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, contra os quais o ordenamento processual assegura a possibilidade de penhora de bens em garantia do cumprimento de suas obrigações.

A proteção conferida aos bens públicos, resguardados pelo timbre da impenhorabilidade e inalienabilidade, impôs a necessidade de criação de um procedimento especial e exclusivo para a execução por quantia certa contra as pessoas jurídicas de direito público, o qual foi descrito nos Arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, que elegeu a requisição de pagamento através do precatório como instrumento de realização desses pagamentos.

O precatório constitui um procedimento administrativo destinado à quitação dos créditos reconhecidos por decisões judiciais. O pagamento é feito voluntariamente pela Fazenda Pública, estimulada pelo ofício requisitório da autoridade judiciária e em conformidade com a disciplina professada pelo Art. 100 e parágrafos da Constituição Federal.

Ao longo dos anos, a falta de seriedade por parte do Poder Executivo, na condução do tema, gerou enorme descrença por parte dos credores acerca da eficácia desse regime de pagamento. Todavia, o legislador introduziu inovações na redação original do Art. 100 da Constituição Federal, mediante a edição das Emendas nº 30, de 13 de setembro de 2000 e nº 37, de 12 de junho de 2002, que em muito contribuíram para o aperfeiçoamento do instituto.

No intuito de colaborar para a desmistificação do precatório e auxiliar na compreensão de sua utilidade e conformidade com o ordenamento vigente, o presente estudo parte de generalidades sobre a execução contra a Fazenda Pública para adentrar na disciplina de pagamento estabelecida no texto constitucional, como instrumento de garantia não só dos interesses da Fazenda Pública como de seus credores.

## 2 Generalidades da Fazenda Pública

### 2.1 A Expressão Fazenda Pública

O termo Fazenda, no que toca à Administração Pública, designa o órgão encarregado de atividades financeiras, ao qual compete a arrecadação, fiscalização e distribuição das receitas, em conformidade com o plano estabelecido pelo Poder Público.

A idéia de Fazenda Pública é intrinsecamente ligada ao erário público, ao conjunto de bens patrimoniais pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Mas o conceito de Fazenda Pública, na legislação ordinária, pode ser tomado em sua acepção ampla, abrangendo, além da União Federal, a Fazenda dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Art. 209 do Código Tributário Nacional dispõe que a expressão ‘Fazenda Pública’, quando empregada nessa Lei sem qualificação, abrange a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Já o Art. 2º da Lei 6830, de 22 de setembro de 1980 equipara a Fazenda das Autarquias à Fazenda da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em face dessa lei reger a execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa desses entes e respectivas Autarquias. O processo civil utiliza-se do termo de forma ainda mais ampla, como sendo “o Estado em Juízo”.

De fato, da forma como a expressão foi empregada no Art. 475, III do Código de Processo Civil, refere-se não apenas à Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), mas também às Autarquias e Fundações Públicas, quando na defesa de seus interesses em juízo.

Como salienta Juvêncio Vasconcelos Viana:

A inclusão das Autarquias no conceito em estudo dá-se por essas se constituírem pessoas jurídicas de direito público interno, verdadeiros prolongamentos do próprio Estado, *longa manus* do ente estatal. Por via reflexiva, as Fundações Públicas também são incluídas nos limites do conceito estudado, por conta de seu caráter autárquico, reconhecido em doutrina e jurisprudência<sup>1</sup> (destaque do autor).

---

1 VIANA, J. V. **Execução contra a Fazenda Pública**, p. 15.

Constata-se que os Territórios, por não integrarem a federação, como se infere do Art. 18 da Constituição Federal, nem dispõem de autonomia política, acham-se excluídos do alcance da expressão em comento, sendo totalizados na Fazenda Nacional seus débitos e créditos.

Delimitado o alcance da expressão Fazenda Pública, que há de servir na determinação do conceito e extensão do Art. 730 do Código de Processo Civil, há que se adentrar nas suas prerrogativas processuais.

## 2.2 A Fazenda Pública em Juízo

É indispensável que a Fazenda Pública tenha um tratamento compatível com sua realidade, que lhe dê condições de exercer em juízo um contraditório efetivo.

A organização do Estado é deveras complexa, o que ocorre, não por vontade do próprio ente, mas por conta da natureza jurídica dos interesses que lhe foram entregues para guarda e execução.

Se a Administração Pública (representada, em juízo, pela Fazenda Pública) é uma das faces do Estado, ao qual compete a consecução dos interesses qualificados da comunidade, visando ao bem comum, lícito inferir que o peso que onera a gestão da coisa pública torna bastante diferenciadas suas relações jurídicas, daquelas que envolvem apenas os particulares.

Quando se confrontam em juízo, de um lado, o Estado, e, de outro, o particular, as realidades que se manifestam são inequivocamente diversas, justificando-se a adoção de um tratamento desigual para proporcionar paridade às partes.

A busca pela igualdade material propaga numa concepção moderna que tratar desigualmente os desiguais é uma maneira de se fazer um tratamento igualitário, justamente porque a igualdade tão somente no plano da lei é insuficiente para propiciar o alcance da verdadeira igualdade.

Como assevera Viana:

Essa busca pela igualdade material também se manifesta no plano do processo. A aparente quebra da isonomia, dentro do processo, visa, exatamente, ao princípio da igualdade real, impondo tratamento desigual para os desiguais, para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial. Portanto, se fôssemos deter-nos, como querem os negativistas, a uma acepção meramente literal do multifalado princípio (que 'todos são iguais perante a lei'), de fato, poderíamos chegar, de forma equivocada, à inadmissibilidade do tratamento desigual em favor da Fazenda Pública.



Todavia, como dito, interpreta-se, modernamente, o conteúdo do princípio isonômico no sentido de ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’.<sup>2</sup>

Há diversos dispositivos no Código de Processo Civil Brasileiro que espelham essa situação diferenciada da Fazenda Pública em relação aos demais sujeitos de direito. Dentre eles, sobressaem-se as regras do Art. 188 do Código de Processo Civil que determina o cômputo em quádruplo do prazo para a Fazenda Pública contestar e em dobro para interpor recursos; a do Art. 27, que assegura a realização do pagamento das despesas dos atos efetuados a seu pedido ao final, pelo vencido; a dispensa de preparo dos recursos por ela apresentados (Art. 511, parágrafo primeiro), além do duplo grau de jurisdição das sentenças proferidas em seu desfavor, cujo montante exceda 60 (sessenta) salários mínimos (Art. 475).

Rito processual específico baliza também a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, disciplinando a prática de atos indispensáveis à consecução de seus fins, haja vista a impenhorabilidade dos bens públicos, decorrente de sua inalienabilidade, senão na forma da lei, como se depreende da leitura dos Arts. 100, 101 e 102 do Código Civil, combinados com o Art. 649, I do Código de Processo Civil.

A disciplina desse procedimento executivo é traçada pelos Arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

### **3A Execução de Título Judicial Contra a Fazenda Pública**

#### **3.1 Fundamentos da Execução Diferenciada**

Se a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública se processasse nos moldes do Art. 646 e seguintes do Código de Processo Civil, cujo objeto é a expropriação de bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor, esbarraria nos óbices da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos.

A regra estatuída no Código Civil (Arts. 100, 101 e 102) consiste na vedação da transferência de propriedade dos bens públicos, o que autoriza afirmar que se encontram submetidos a regime jurídico especial, o que não significa que, de forma absoluta, não possam passar do domínio público para o particular.

Como bem anota Hely Lopes Meirelles:

---

2 VIANA, 1998. Op. Cit., p.18.

Dúvida não mais existe de que os bens públicos podem passar do domínio público para o particular, resultando claro que os bens públicos são **inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública –ou seja, destinação pública**<sup>3</sup> (grifo nosso).

Desde que observadas as exigências legais que possibilitam a desafetação da destinação originária dos bens públicos e o traspasse para a categoria de bens dominicais, isto é, do patrimônio disponível das pessoas jurídicas de direito público, possível se mostra a alienação em comento, cuja disciplina, em geral, encontra-se na legislação própria das entidades estatais. Contudo, exige o interesse público que cumpre à Administração Pública resguardar, que o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público fique a salvo de apreensões judiciais por créditos de particulares.

De fato, a Fazenda Pública não é um indivíduo, mas sim a coletividade, e esta é que suporta os ônus decorrentes das condenações judiciais. Por tudo isso, para a execução de sentenças condenatórias proferidas contra a Fazenda Pública, a Carta Magna em seu artigo 100, bem como o Código de Processo Civil (Arts. 730 e 731) instituíram modalidade menos drástica de cumprimento dessas obrigações, a de requisição de pagamentos, à conta dos créditos respectivos, preservando-se, dessa forma, o interesse público, sem se descuidar dos direitos de seus credores.

Deve-se ressaltar que só os débitos pecuniários são objeto de execução por esse regime especial, tanto que o Art. 730 do Código de Processo Civil expressamente alude a “execução por quantia certa contra a Fazenda Pública [...]”, significando, dessa forma, que as demais espécies de obrigações (execução para entrega de coisa, execução de obrigação de fazer ou não fazer) não gozam de disciplina diferenciada para a execução das condenações.

### 3.2 O Procedimento Executivo no Código de Processo Civil

A execução contra a Fazenda Pública é tratada no Livro II do Código de Processo Civil, consagrado ao processo de execução. Mais especificamente, os Arts. que cuidam do tema são o 730 e 731, cuja disciplina se atém às linhas traçadas pela Lei Maior.

---

3 MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 2003. p. 506.

Dispõe o Art. 730 que:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Analisando-se a redação desse dispositivo, resta claro que, diferentemente do que ocorre na execução por quantia certa contra o devedor solvente, a Fazenda Pública, ao invés de citada para pagar em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de penhora, é chamada ao processo de execução para, desde logo, opor embargos.

O prazo de 10 (dez) dias constante da redação original desse dispositivo foi estendido para 30 (trinta) dias, em face do Art. 1º-B, acrescentado à Lei 9494/97<sup>4</sup> pela Medida Provisória 2.180-35/2001.<sup>5</sup>

Vale ressaltar que o prazo para a Fazenda Pública opor embargos inicia-se com a juntada aos autos do mandado de citação regularmente cumprido (Art. 241, II do Código de Processo Civil)<sup>6</sup> e é “peremptório”, não se aplicando, na hipótese, o Art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe que “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, pois os embargos não constituem recurso ou uma contestação, possuindo a natureza de ação autônoma e incidental.

Uma vez interpostos, os embargos terão eficácia suspensiva sobre o processo executivo, conforme explícito no parágrafo 1º do Art. 739 do Código de Processo Civil, e enquanto não decididos, impossibilitam a expedição de ofício requisitório para o pagamento.

---

4 BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo, v. 61, p. 2746, set./out. 1997.

5 BRASIL. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis 8437 de 30 de junho de 1998. **Lex:** Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo, v. 65, p. 3546-3559, ago. 2001.

6 Na Justiça do Trabalho o prazo inicia-se da citação.

### 3.3 As Requisições de Pagamento

Sobre a regra inserta no inciso I do Art. 730 do Código de Processo Civil, assinala Silva<sup>7</sup> que se não foram opostos embargos do devedor ou se estes foram julgados improcedentes, o juiz que deferiu o pedido de citação da Fazenda Pública na ação executiva, mediante requerimento da parte credora, determina a expedição do precatório, que deverá ser formado no Cartório ou na Secretaria da Vara, após o credor ter providenciado o traslado de peças do processo principal e remetido ao Presidente do Tribunal competente para requisitar o pagamento à pessoa jurídica de direito público executada.

A redação conferida ao dispositivo é clara ao dispor que o juízo monocrático não requisita o pagamento diretamente. Sua atuação, nessa fase, consiste em dirigir-se à Presidência do Tribunal que detém competência recursal ordinária, a quem incumbe expedir a necessária ordem, para que a Fazenda Pública proceda ao pagamento da quantia objeto de execução.

A essa requisição dirigida ao Presidente do Tribunal respectivo, pelo juiz da execução, a fim de que, por intermédio do primeiro, expeça-se a ordem de pagamento à Fazenda Pública dá-se o nome de precatório.

O termo precatório deriva da palavra *precata*, que significa requisitar algo de alguém. O verbo *precatar* significa colocar de “sobreaviso, precaver-se, acautelá-lo, prevenir-se”.

Consoante esclarece Viana:

É o precatório, pois, o ato pelo qual o juiz requisita, ao Presidente do Tribunal competente – entenda-se, do Tribunal que julgou ou teria julgado o recurso cabível contra o título -, a ordem de pagamento à Fazenda Pública, para efetuá-lo em processo executivo que lhe seja movido. Assim, do Juiz para o Presidente do Tribunal temos uma requisição; do Presidente do Tribunal para a autoridade administrativa temos uma ordem de pagamento.<sup>8</sup>

Recebida a requisição e processada na forma do respectivo Regimento Interno, cumpre à Presidência do Tribunal competente determinar que seja oficiada a Fazenda Pública para pagar a quantia devida, nos moldes estabelecidos pelo Art. 100 da Carta Magna.

7 SILVA, A. L. M. da. Do precatório-requisitório na execução contra a Fazenda Pública. p.107

8 VIANA, 1998, op. cit., p. 116.

## 4. O Precatório na Constituição Federal

### 4.1 Observância à Ordem Cronológica

O *caput* do Art. 100 da Carta Magna vem expresso nos seguintes termos:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

Evidencia-se, de plano, que o Texto Maior representa uma norma moralizadora, na medida em que impõe que o pagamento seja realizado em observância à ordem cronológica de apresentação dos precatórios ao Tribunal competente, assegurando-se um tratamento impessoal aos credores, adotando como critério a ordem de antigüidade das requisições.

Nesse aspecto, assevera Ricardo Seibel de Freitas Lima:

De fato, em geral, todos os credores dos entes públicos devem ser tratados de forma igual, e isto se consolida com a regra que determina que o pagamento se faça na ordem cronológica de apresentação, proibida a designação de pessoas ou casos particulares nas dotações orçamentárias. Este preceito, contudo, há que se harmonizar com a determinação constitucional de que os créditos de natureza alimentícia merecem preferência. Nesses termos, a Constituição acaba por deixar latente uma idéia de justiça no pagamento dos valores devidos, que consiste em tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os casos desiguais.<sup>9</sup>

Tanto o Art. 100 da Constituição Federal quanto o inciso II do Art. 730 do Código de Processo Civil prescrevem que o pagamento das quantias requisitadas far-se-á “na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”.

---

<sup>9</sup> LIMA, R. S. de F. A execução contra a Fazenda Pública – questões polêmicas nos tribunais, p. 124.

Consoante adverte Silva, “a ordem cronológica é determinada pela autuação e registro dos precatórios no Tribunal”.<sup>10</sup>

Após receber a ordem de pagamento emanada da Presidência do Tribunal, cumpre à Fazenda Pública adotar todas as providências necessárias a fim de possibilitar que as dívidas regularmente inscritas, no Tribunal, sejam liquidadas.

Nos moldes do parágrafo primeiro do Art. 100 da Constituição Federal é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos resultantes de condenações judiciais transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

A inclusão de verbas no orçamento da Fazenda Pública para pagamento desses débitos deve ser feita, conforme preleciona Silva, “pelo somatório das importâncias neles verificadas e lançadas globalmente, sem designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias (*caput*, art. 100 da Constituição Federal de 1988)”.<sup>11</sup>

Quanto à incidência de juros de mora, não obstante a ausência de qualquer alusão no texto constitucional, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal decidiu serem devidos em razão do inadimplemento da Fazenda Pública, entre a data do vencimento da obrigação (prazo final de pagamento estabelecido no texto constitucional) e a data do efetivo pagamento, como decidido no Recurso Extraordinário 305.186-5 – São Paulo, datado de 17 de setembro de 2002.

Assim, não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição do precatório até o prazo constitucional estabelecido para o pagamento, pois, até então, a Fazenda Pública não pode ser tida por inadimplente.

## 4.2 O Sequestro

O descumprimento da obrigação de satisfazer os créditos em conformidade com a ordem de apresentação pode ensejar a ordenação de *sequestro* da quantia necessária para satisfazer o débito, providência prevista na parte final do parágrafo 2º do Art. 100 da Constituição Federal e 731 do Código de Processo Civil, como instrumento assecuratório do direito de preferência do credor contra a Fazenda Pública e cujo objetivo é apreender o valor necessário à satisfação de seu crédito.

---

10 SILVA, 2001. Op. Cit. p. 122.

11 SILVA, 2001. Op. Cit. p. 131.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery<sup>12</sup>, ao discorrerem acerca da natureza jurídica do seqüestro, sumulam a questão da seguinte forma: se o requerente for o primeiro da fila de credores, o seqüestro terá natureza jurídica satisfativa, porque a importância seqüestrada lhe será entregue para a satisfação de seu crédito. Se requerida por qualquer outro credor preterido, que não seja o que deva receber em primeiro lugar, a medida será cautelar, porque visa à recomposição da ordem cronológica e de preferência dos precatórios.

Não obstante sejam sujeitos passivos da medida, a Fazenda Pública, que pagou indevidamente, e o credor beneficiado, que preteriu os demais, desde 1979 o Supremo Tribunal Federal vem admitindo que a medida recaia sobre as rendas e depósitos da Fazenda Pública, haja vista a dificuldade de ser seqüestrada a importância nas mãos do credor que indevidamente a recebeu.

Nesse caso, professa Cunha que caberia, em tese, ação regressiva do órgão que pagou indevidamente e sofreu o seqüestro, contra o credor beneficiado, o que, todavia, na prática dificilmente se verifica<sup>13</sup>.

Ao se referir ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, enfatiza Silva que somente na hipótese de o exequente já tiver recebido a quantia é que incidiria o seqüestro sobre as rendas da Fazenda Pública. Caso a importância ainda esteja depositada em juízo, a medida atingirá somente o dinheiro depositado.<sup>14</sup>

O óbice que se argúi é o da impenhorabilidade dos bens públicos, mas, de acordo com Viana, tal prerrogativa deixaria de existir no momento em que a Fazenda Pública agiu ao arrepio da norma.<sup>15</sup>

O seqüestro consiste, pois, em medida de força, excepcionalmente adotada, exclusivamente para o caso de preterimento do direito de precedência do credor. Mas o não pagamento dos precatórios pode ensejar também a adoção de outras medidas não referidas no texto constitucional, como o pedido de intervenção e a responsabilização penal do agente público.

### 4.3 O Pedido de Intervenção

Verificado que o seqüestro é cabível no caso de violação ao direito de precedência do credor, resta indagar qual seria a medida a ser adotada em face da não realização do pagamento pela Fazenda Pública, seja por ausência de inclusão orçamentária do montante destinado à quitação dos precatórios ou pelo escoamento do prazo estabelecido para a satisfação dessas obrigações.

12 SILVA, apud VIANA, 1998. Op. Cit., p. 126.

13 CUNHA, M. da. **Precatórios**: do escândalo nacional ao calote nos credores. p. 91.

14 SILVA, 2001. Op. Cit. p. 153.

15 VIANA, 1998. Op. Cit. p. 127.

O não pagamento de precatório, na opinião de Cunha, configura descumprimento de ordem ou de decisão judicial<sup>16</sup>, ensejando o pedido de intervenção diretamente ao Presidente do Tribunal que requisitou o pagamento, o qual será processado na forma Regimental.

A intervenção é medida excepcional que atinge a autonomia dos entes federados, prevista nos Arts. 34, VI e 35, IV da Constituição Federal e pelas Constituições Estaduais, que visa a afastar a autoridade do exercício de suas funções, com a incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta.

Conforme o ensinamento de Silva, “[...] por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma do Estado, Distrito Federal ou Município que a tenha sofrido. Daí verifica-se que as unidades federadas são autônomas, não soberanas. Soberana é apenas a nação”.<sup>17</sup>

A intervenção nos Estados, Distrito Federal e suas autarquias e fundações, bem como nos Municípios localizados em Território Federal, compete à União. No caso dos Municípios dentro dos Estados e de suas autarquias e fundações, a intervenção é procedida pelos Estados, não havendo tal remédio se a desobediência à ordem advir da União, pois, em face de sua soberania, não há pessoa política legitimada para fazê-lo, nem se concebe que poderia intervir em si mesma.

Na opinião de Cunha, a ausência de medida a ser tomada nesses casos impõe ao Congresso Nacional determinar as providências cabíveis no caso concreto, mediante solicitação do juízo interessado, por intermédio do Supremo Tribunal Federal.<sup>18</sup>

Consoante o ensinamento de Silva:

No caso de *desobediência à ordem ou decisão judiciária*, a decretação da *intervenção* dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral, conforme o caso (inciso II, art. 36), bem como do Tribunal de Justiça, no caso de *intervenção do Estado em seus Municípios*. O *decreto de intervenção*, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas (§ 1º, art. 36).

16 CUNHA, 2000. Op. Cit. p. 83.

17 SILVA, 2001. Op. Cit. p. 61-162.

18 CUNHA. Op. Cit., 2000, p. 89.



Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (§ 4º, art. 36), isto é, salvo se para tanto forem obstadas por *impeachment*, por condenação criminal ou por suspensão de direitos políticos, sendo que nesta última hipótese, em conformidade com o texto constitucional.<sup>19</sup> (destaque do autor).

Resta examinar a hipótese de cabimento de medidas judiciais contra as autoridades responsáveis pela violação aos preceitos constitucionais que regem a sistemática de pagamento dos precatórios, afinal, o seqüestro e a intervenção possuem natureza meramente coercitiva para a atuação da vontade concreta da lei.

#### 4.4 A Responsabilização dos Agentes Públicos

O seqüestro de recursos financeiros disponíveis em virtude da desobediência às prescrições constitucionais configura comportamento institucional que produz, no que concerne aos Agentes Públicos responsáveis (Chefes do Executivo) além de reflexos de índole político-administrativa (intervenção), efeitos também de natureza penal.

Descumprida a ordem judicial através da qual foi requisitado o pagamento, se o devedor for a União não haverá intervenção, mas sim o crime de responsabilidade do Presidente da República (Art. 85, VII da Constituição Federal). No mesmo crime incorrerão os Governadores dos Estados e os Prefeitos, todos sujeitos à pena privativa de liberdade, nos moldes da Lei Federal nº 1079, de 10 de janeiro de 1950 e Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Consoante preleciona Viana:

O crime de responsabilidade é espécie do gênero ‘crime funcional’, delito que apenas pode ser praticado por pessoas que exercem funções públicas. Tais delitos integram, na ciência do Direito Penal, a categoria dos chamados ‘crimes próprios’, cometidos por determinadas pessoas em face de uma condição particular.<sup>20</sup>

---

19 SILVA. Op. Cit. p. 163-164.

20 VIANA. Op. Cit. 1998, p. 131.

Para Silva, a Autoridade responsável sujeita-se ainda às penas previstas no Art. 315 do Código Penal se, mesmo tendo incluído a verba necessária no orçamento, o precatório não vier a ser satisfeito, bem como responderá por crime de desobediência (Art. 330 do Código Penal)<sup>21</sup>.

Todavia, há que se ressaltar que não é fácil configurar, nessas situações, crime de desobediência, haja vista que pratica o crime em apreço quem desobedece à ordem legal emanada de autoridade competente, em regra, o particular, pois o Art. 330 do Código Penal está catalogado entre os praticados pelo particular contra a Administração em geral.

Na opinião de Cunha, a quebra da ordem de pagamento dos precatórios pode ensejar, conforme o caso, além de responsabilidade criminal por crime de responsabilidade, ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei Federal nº 8429, de 02 de junho de 1992.<sup>22</sup>

Como se verifica, o inadimplemento por parte da Fazenda Pública não deixa o credor à mercê da própria sorte, ainda que os instrumentos postos à disposição não surtam efeitos práticos com celeridade.

Analisadas as conseqüências advindas do descumprimento dos preceitos constitucionais que disciplinam o instituto do precatório, cumpre adentrar na ressalva constitucional concernente aos créditos de natureza alimentar e os considerados de pequeno valor.

## 5 Exceções à Ordem Cronológica

### 5.1 Os Créditos Alimentares

O parágrafo 1º-A do Art. 100, inserido no texto constitucional através da Emenda nº 30, de 13 de setembro de 2000, dirimiu a questão alusiva a quais créditos possuem preferência de pagamento sobre os demais precatórios ao considerar, como de natureza alimentícia, os débitos assim especificados:

§ 1º - A. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

---

21 SILVA. Op. Cit. 2001, p. 158.

22 CUNHA. Op. Cit. 2000, p. 91.

Portanto, para exemplificar, se o Juiz condena um Município ao pagamento de diferenças relativas a vencimentos ou proventos de aposentadoria de servidores, ou se a sentença condena a entidade previdenciária ao pagamento de determinado benefício, tais créditos serão preferenciais, não se sujeitando à ordem cronológica normal a ser observada pelos demais créditos.

Evidentemente, por força da definição do crédito dessa natureza ter sido elevada ao campo constitucional, muitos créditos que antes poderiam ser considerados de natureza alimentícia, hoje não podem mais ser enquadrados nessa categoria, entre eles os honorários de advogado e de perito do juízo.

Outrossim, a exceção à regra prevista no *caput* do Art. 100 da Constituição Federal não quer significar que os créditos de natureza alimentícia dispensam a formação do precatório. Pelo contrário, tais créditos têm apenas preferência sobre os demais créditos no momento do pagamento, por carregarem, segundo José dos Santos Carvalho Filho, “elementos relativos à própria sobrevivência dos credores”.<sup>23</sup>

Bem apropriada a lição de Silva sobre o tema:

[...] deve ser respeitado o direito de precedência entre os créditos de natureza alimentícia e, também, entre os demais créditos, ou seja, os créditos de natureza alimentícia devem ser pagos, respeitando-se a ordem cronológica de apresentação dos precatórios e, após estes terem sido quitados, passa-se a pagar, também respeitando-se a ordem cronológica, os demais créditos. Em outras palavras, a cláusula expletiva inicial do art. 100, *caput*, da Constituição de 1998, ressalva os créditos de natureza alimentícia e, segundo a interpretação dominante, criou uma **ordem paralela para tais créditos, agora dotados de preferência**.<sup>24</sup> (destaque do autor)

A preferência de pagamento dos créditos de natureza alimentar resulta, portanto, na formação de duas ordens de pagamento das dívidas da Fazenda Pública: uma, de natureza alimentar, que tem prioridade na satisfação, e outra, para os demais créditos, logicamente também respeitando a ordem cronológica de apresentação. Nesse sentido, a Súmula 144 do Superior Tribunal de Justiça: “os créditos de natureza alimentar gozam de preferência, desvinculados da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.

23 CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*, p. 853.

24 SILVA. Op. Cit. 2001, p. 148.

## 5.2 As Obrigações de Pequeno Valor

A exigência constitucional de expedição de precatório, para pagamento em conformidade com a ordem cronológica de apresentação até o final do exercício seguinte, é excepcionalizada para os créditos definidos em lei como de “pequeno valor” que a Fazenda Pública tenha que pagar em virtude de condenação judicial transitada em julgado.

A redação do parágrafo 3º do Art. 100 da Constituição Federal, conferida através da Emenda nº 30, de 13 de setembro de 2000, é clara nesse sentido:

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

A alteração à regra dos precatórios foi introduzida inicialmente através da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tendo por escopo atenuar a injustiça sofrida por credores da Fazenda Pública que, mesmo não possuindo quantia de grande monta para receber, eram obrigados a sujeitar-se à longa fila de espera de pagamento dos precatórios. Todavia, tratando-se de norma de eficácia limitada, sua aplicabilidade achava-se condicionada à promulgação de lei específica que definisse o montante que seria considerado como “pequeno valor”. Exatamente porque a definição de pequeno valor, à luz do ditame constitucional em comento dependia de lei regulamentadora de iniciativa de cada uma das entidades estatais. A Emenda nº 37, de 12 de junho de 2002, acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o Art. 87, que, nos incisos I e II, definiu o que são débitos de pequeno valor para efeito do que dispõe o § 3º do Art. 100 da Constituição Federal, até que sejam editadas as respectivas leis pelos entes federados, nos seguintes termos:

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I – quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

## II – trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Impende destacar que, na esfera federal, através da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, já havia sido fixada em até sessenta salários mínimos a obrigação de pequeno valor a ser satisfeita pela União sem necessidade de precatórios, o que justifica a exclusão desse ente do dispositivo acima, editado exclusivamente com o fim de evitar que os Estados, Municípios e Distrito Federal que não haviam regulamentado por lei o que deveria ser considerado como crédito de pequeno valor deixassem de aplicar a norma constitucional.

A definição de pequeno valor pela Constituição tem eficácia somente até que os respectivos entes federados publiquem suas leis regulamentadoras. De fato, em face das diferentes capacidades financeiras dos entes públicos, necessário reconhecer que somente a eles compete definir o que é pequeno valor para fins de satisfação dessa modalidade de obrigações, única que foge à regra imposta para pagamento de precatórios.

Os entes federados que já possuem lei específica, definindo o montante considerado de pequeno valor, não se acham obrigados a aplicar os valores estabelecidos pelo dispositivo em comento, sejam maiores ou menores, como também os que virem a definir no âmbito de sua competência o que é débito de pequeno valor.

Desse modo, além de preservar-se o princípio federativo, a regra reforça o previsto no parágrafo 5º do Art. 100 da Constituição Federal, que preceitua que a lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no parágrafo 3º do Art. 100 da Constituição Federal.

É de se salientar que ao prever que o pagamento dos débitos de pequeno valor não se sujeita ao preceito expresso no *caput* do Art. 100, o legislador não quis fazer vistas grossas ao procedimento de execução contra a Fazenda Pública estabelecido pelos Arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, mas apenas excepcionalizar a regra, no sentido de que o precatório judiciário, uma vez expedido, não necessita de prévia inclusão orçamentária para pagamento, nem dispõe de prazo para efetivação do pagamento consistente em até o final do exercício seguinte ao da apresentação em razão de não expressar valor considerável.

Em face do princípio da harmonia e independência entre os Poderes e diante da autonomia dos entes federados, compete a cada ente Estatal definir a data-limite para pagamento, sendo de todo coerente defini-lo na norma regulamentadora a que alude o parágrafo 3º do Art. 100 da Constituição Federal e em periodicidade inferior ao prazo de pagamento para os precatórios estabelecido no *caput* desse dispositivo.

Igualmente, levando-se em consideração a sujeição da Administração Pública ao princípio da impessoalidade, é mister que se estabeleça uma ordem de paga-

mento dos débitos de pequeno valor de forma que possibilite o controle não só por parte dos credores como pelo Judiciário, a qual, pelo princípio da paridade das formas, pode ser organizada de acordo com o protocolo de recebimento das requisições de pagamento.

## 6 Conclusões

A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se perfaz por meio de constrição sobre o patrimônio, tal como ocorre com os particulares que não cumprem voluntariamente a obrigação resultante de condenação judicial.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública impedem que a solução da maior parte das demandas se dê com a almejada celeridade. Em consequência, o credor clama por maior efetividade do processo, não raras vezes deixando de lado os princípios de Direito Público e em especial os norteadores de toda a atividade administrativa, os quais justificam porque o Código de Processo Civil e a Carta Magna elegeram o precatório, como instrumento de relevância no tocante à forma da Fazenda Pública dar cumprimento às suas obrigações pecuniárias, afastando-se a possibilidade de pagamentos aleatórios, em detrimento da impessoalidade.

A falta de credibilidade no instituto, decorrente do descumprimento, pela Administração Pública de todas as esferas, das obrigações resultantes de condenação judicial tem levado o legislador a aperfeiçoar o mecanismo para lograr maior eficácia e diminuir a angústia dos credores.

Contudo, a dissociação entre precatório e a imagem de má pagadora da Administração Pública depende da fiel observância ao ordenamento por parte do Agente Público, atentando-se aos prazos e critérios de diferenciação entre os créditos legitimamente estabelecidos na Constituição como forma de assegurar a igualdade entre os credores e a moralização do instituto.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003.
- CUNHA, M. da. **Precatórios: do escândalo nacional ao calote nos credores**. São Paulo: LTR. 2000.
- LIMA, R. S. de F. A execução contra a Fazenda Pública – questões polêmicas nos tribunais. **Interesse Público**. São Paulo, n.21, p.122-140, out. /nov. 2003.
- MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.



SILVA, A. L. M. da. **Do precatório-requisitório na execução contra a Fazenda Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

VIANA, J. V. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética. 1998.



## UMA NOVA VISÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA JURISDIÇÃO A PARTIR DA ARBITRAGEM

*Gilberto Notário Liger\**

### RESUMO

Estuda a natureza jurídica da jurisdição, partindo de uma análise de seu conceito clássico, focado no monopólio estatal. Analisa a instrumentalidade e a constitucionalização do processo como mecanismos que colaboram na reconstrução da jurisdição, como instituto essencial para a realização do Estado Democrático de Direito. Examina as formas alternativas de solução dos conflitos jurídicos de interesse, especialmente, a arbitragem, que também colaboram na quebra do paradigma da estatalidade jurisdicional. Finalmente, aponta um novo conceito de jurisdição, no qual tanto os juízes quanto os árbitros desempenham papel fundamental na realização da justiça.

**Palavras-chave:** jurisdição; monopólio estatal; instrumentalidade; constitucionalização; formas alternativas de solução dos conflitos; arbitragem; jurisdição privada.

### ABSTRACT

It studies the juridical nature of the jurisdiction, starts with an analysis of its classic concept, focused in the state monopoly. It analyzes the instrumental and the constitutional capacity of the process as mechanisms that collaborate in the jurisdiction reconstruction, as essential institute for the accomplishment of the Democratic State of Right. It examines the alternative forms of solution of the juridical conflicts of interest, especially, the arbitration, which also contributes in the break of the paradigm of the jurisdictional statatily. Finally, it aims a new jurisdiction concept, in which the judges as the referees play fundamental part in the accomplishment of the justice.

**Key words:** jurisdiction; state monopoly; instrumental; constitutional; alternatives forms of conflicts solution; arbitration; private jurisdiction.

---

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente, mantida pela Associação Educacional Toledo e da Faculdade de Ciências Jurídicas de Presidente Prudente, mantida pela Unoeste.



**SUMÁRIO:** 1. Considerações Iniciais – 2. Conceito clássico de jurisdição - monopólio estatal – 3. A instrumentalidade e a constitucionalização do processo na construção de um novo conceito de jurisdição - 4. O papel da arbitragem na reformulação da jurisdição – 5. Considerações Finais. Referências.

## 1 Considerações iniciais

O presente artigo é fruto de uma pesquisa mais ampla, realizada por um grupo de pesquisa e que teve como tema principal o “papel do juiz no processo civil moderno, com vistas ao aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional”<sup>1</sup>. Para a obtenção dos resultados do grupo, referido tema foi subdividido, de maneira que pudessem ser abordadas as questões mais relevantes, tais como: a evolução histórica da função jurisdicional, o juiz e as influências ideológicas, o julgamento por equidade, o juiz e o acesso à ordem jurídica, o juiz e a efetividade do processo, todas elas procurando proporcionar um enfoque tanto filosófico quanto social sobre a função desempenhada pelo juiz na solução dos litígios.

Entre os temas citados, não poderia deixar de ser abordada a “visão atual da natureza jurídica da jurisdição”. Isso porque, é indispensável estudar, também, o meio em que o juiz está inserido, e este meio é a jurisdição.

Serão realizadas breves anotações sobre os conceitos clássicos de jurisdição e a influência constitucional na construção de um novo conceito de função jurisdicional.

Na esteira da proposta de estudo, pretende-se realizar uma “revisitação”<sup>2</sup> da jurisdição, isto é, conferir-lhe uma nova configuração diante do instituto da arbitragem, na qual a solução do conflito não cabe a um determinado órgão jurisdicional, mas a particulares (árbitros) escolhidos pelas pessoas envolvidas no conflito de interesses.

## 2 Conceito clássico de jurisdição – monopólio estatal

Jurisdição é palavra derivada do latim, mais precisamente da expressão *juris dictio* (dizer o direito), isto é, dizer o direito diante de um conflito de interesses.

---

1 Trata-se de grupo de pesquisa liderado pelo Professor Dr. João Batista Lopes, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste Paulista.

2 LOPES, J. B. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. p. 14-15 e BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo; influência do direito material sobre o processo**, p. 12-14.

A palavra “revisitação” representa a necessidade da revisão dos institutos processuais fundamentais à luz das tendências atuais. Eminentemente processualistas brasileiros utilizaram o termo citado.



Desde tempos remotos, mais precisamente com o aparecimento dos primeiros agrupamentos sociais, surgiram, também, os conflitos de interesses, comuns em qualquer sociedade.

Como não havia uma autoridade superior constituída, os homens resolviam as controvérsias segundo a jurisdição privada (justiça de mão própria). Os conflitantes se colocavam em posição de luta e aquele que demonstrasse mais força e mais inteligência vencia o litígio. Era a única forma conhecida de “dizer o direito”.

Com a evolução da sociedade, surgiu o Estado (sociedade política por excelência, na fala dos cientistas políticos), que, aos poucos, retirou das mãos dos próprios litigantes a função jurisdicional. Tal fato ficou bem delineado com a evolução do Estado Romano e do direito nele empregado<sup>3</sup>.

Foi no direito romano, após a fase da *cognitio extra ordinem*, século III d.C., que a jurisdição passou a ser desenvolvida exclusivamente pelo Estado, tornando-se monopólio estatal, retirando, uma vez por todas, dos particulares a possibilidade da justiça privada.

Sob os pilares da monopolização estatal, a natureza jurídica da jurisdição foi sendo construída. Tanto é que, nesse contexto monopolizador, processualistas de renome criaram conceitos clássicos sobre a função jurisdicional.

Um dos mais conhecidos é o de Chiovenda que enfocou, no conceito de jurisdição, a idéia da substitutividade, isto é, o Estado exercendo seu poder soberano, substituindo as partes e fazendo atuar a vontade concreta da lei<sup>4</sup>.

Giuseppe Chiovenda é, sempre, lembrado pela doutrina, não tanto por esse conceito, mas pela sua preocupação com um processo de resultados efetivos e práticos. É dele a máxima: “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.”<sup>5</sup>

3 CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 1999, p. 20-23. Confira, em breve relato, a evolução da jurisdição no Estado Romano.

4 A definição de Chiovenda para a jurisdição é: “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva”.

5 CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. p. 67.

Baseado no seu conceito de jurisdição, referido processualista reforça o monopólio estatal da jurisdição e transforma o juiz em uma figura singular, pois aquilo que o agente jurisdicional disser sobre o caso concreto será atuação da vontade da lei e, assim, o direito estará dito (jurisdição).

As considerações e os conceitos acima tecidos ajudam a encerrar esse tópico com o entendimento de que a exclusividade estatal da jurisdição, aliada ao ideal liberal pós-revoluções dos séculos XVIII e XIX, fez do juiz uma figura monopolizadora também, absolutamente neutra, entrincheirado em seu gabinete, distante das partes e apegado às formas, principalmente à lei.

### **3 A Instrumentalidade e a Constitucionalização do Processo na Construção de um Novo Conceito de Jurisdição.**

A jurisdição vista sob prisma exclusivamente monopolista, não passa de mero canal, mediante o qual o Estado faz valer o seu poder soberano (*imperium*) sobre os seus súditos, ditando tão somente aquilo que a lei encerra em si.

Essa visão centralizadora da jurisdição passou a não mais atender aos anseios do povo, uma vez que a mera aplicação da lei, por intermédio de juízes neutros, influenciados pelo idealismo liberal do século XIX, acabava por destoar de tão importante função, posto que seus resultados não estavam atingindo os conflitos oriundos dos novos direitos, sobretudo dos de segunda geração, conhecidos como “sociais”, surgidos na primeira metade do século XX.

Destarte, o processo, considerado como o meio pelo qual se realiza a jurisdição, transformou-se em um conjunto de atos processuais, uma simples técnica de trabalho, extremamente formalista, fruto da fase autonomista da evolução histórica do direito processual. O formalismo dos atos tomava lugar do resultado efetivo da jurisdição.

Para desmistificar o formalismo exacerbado, surgiu uma nova corrente de pensamento no direito processual, conhecida por teoria instrumentalista, que deixou de lado os aspectos técnicos do processo, para conferir-lhe uma feição mais crítica, analisando os resultados efetivos que o mesmo possivelmente poderá produzir na vida das pessoas.

Dessa forma, o processo transforma-se em um instrumento para a pacificação social, deixando de ter um escopo exclusivamente jurídico (i.e., apenas dizer o direito), devendo atingir, igualmente escopos sociais, políticos e, até mesmo, educacionais.

Na verdade, a instrumentalidade do processo tornou-se um método de estudo e mais do que isso uma nova “postura<sup>6</sup>, que envolve a ciência processual”.

Um dos fatores que favoreceram o nascimento dessa fase metodológica, bem como o seu desenvolvimento, foi a preocupação do cientista processual com os princípios constitucionais do processo, que passou a ser conhecido como direito processual constitucional.

Os Estados passaram a adotar, em suas Constituições, uma gama de princípios garantidores do devido processo legal, tais como o direito de ação, o contraditório e a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, a publicidade, a isonomia, entre outros.

Entre esses princípios constitucionais, a garantia do acesso à justiça foi eleita como o ponto nodal da instrumentalidade, e essa realidade é verificável na doutrina tanto estrangeira quanto nacional<sup>7</sup>.

Com o acesso à justiça, passou-se a pregar que a jurisdição deveria deixar de ser o tradicional e clássico “dizer o direito”, para transformar-se em um novo ideal democrático de proteção dos cidadãos, solucionando os conflitos de interesse para a pacificação social. É a preocupação com o social e com a solidariedade. Nesse ponto, os primeiros passos são dados para a construção de uma nova natureza jurídica da função jurisdicional.

A título de exemplo, a Constituição Italiana de 1947 consagrou o acesso à justiça, como garantia entre os princípios fundamentais, no artigo 24: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”<sup>8</sup>.

Entre os processualistas italianos, ressalte-se o posicionamento de Giovanni Verde sobre o acolhimento, pela Constituição Italiana, dos princípios gerais do processo<sup>9</sup>, que começa tratando do tema, afirmando que quatro princípios dirigem o processo civil italiano diante da realidade vivida no continente europeu:

---

6 DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 23. O termo “postura” foi utilizado por Dinamarco, para demonstrar as manifestações da instrumentalidade no processo. Veja-se: “É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal e pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.”

7 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. 1988; DINAMARCO, C. R. **Instrumentalidade do Processo**. 1999; MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. 1.999.

8 “Todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos” (Tradução livre).

9 VERDE, G. **Profilli del processo civile**. 1. Parte generale. 4. ed. Napoli: Jovene Editore. 1994, p. 17-25.

- a) nenhum juiz pode decidir, se não for competente para conhecer a matéria que lhe foi determinada (*nemo iudex in re sua*);
- b) não é possível que o juiz inicie o processo por sua vontade, isto é, há a necessidade da iniciativa da parte para a movimentação do judiciário (*nemo iudex sine actore*);
- c) deve ser garantida, suficientemente, às partes do processo a possibilidade de se defenderem (*audiatur et altera pars*); e
- d) o juiz, ao resolver a controvérsia, não se utilizará de cânones por ele criados em relação ao caso concreto, mas deve-se referir aos cânones pré-constituídos (*jura novit curia*).

E continua dizendo que essa configuração do processo, por meio de princípios, foi sendo estruturada de acordo com uma lenta evolução histórica, que culminou, atualmente, com a previsão dos mesmos na Constituição em vigor.

Giovanni Verde traduz a importância da previsão constitucional de tais princípios da seguinte forma: “La prima conseguenza di questa elevazione al rango costituzionale dei principî che regono il processo sta nel fatto che le leggi processuali ordinarie devono essere in armonia con gli stessi e che eventuali contrasti possono essere denunciati alla Corte costituzionale, la quale – ove ne ravvisi la sussistenza – può dichiarare l’illegittimità delle leggi.”<sup>10-11</sup>

Após demonstrar a importância dos princípios processuais consagrados na Constituição Italiana, o processualista peninsular faz uma análise dos princípios constitucionais do processo italiano. Nessa oportunidade, cita o artigo 24 da Constituição Italiana (anteriormente descrito), como sendo uma garantia mediante a qual não é possível criar-se uma norma que imponha aos cidadãos limitações ou obstáculos, para que possam defender, no processo, suas posições substanciais, sejam elas de direito subjetivo ou de interesses legítimos.

Ainda, ressalta que, além de garantir a tutela jurisdicional, igualmente impõe que aquele que afirma ser portador de uma situação substancial pode decidir se recorre ou não à tutela jurisdicional, considerando o direito de liberdade.

---

10 VERDE, Op. Cit., p. 17-18.

11 Tradução livre: “A primeira consequência desta elevação à categoria constitucional dos princípios que regem o processo está no fato que as leis processuais ordinárias devem estar em harmonia com os mesmos e que eventuais contradições podem ser denunciadas para a Corte constitucional, a qual pode declarar a ilegitimidade das leis.”

No Brasil, o acesso à justiça também está garantido entre os princípios fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Verifica-se que, tanto na Itália quanto no Brasil, a garantia não é o “dizer o direito”, mas proporcionar justiça ampla a todos, um acesso efetivo dos cidadãos, sem nenhuma forma de discriminação.

Essa preocupação com o acesso efetivo à justiça é uma forma de reafirmação dos ideais democráticos do Estado, que somente poderá promover o *bem comum*, se contiver todo um aparato garantidor de direitos subjetivos.

No caso do Brasil, não é demais lembrar que o artigo 3º da Constituição Federal elenca os objetivos fundamentais da República:

- I. construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II. garantir o desenvolvimento nacional;
- III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tanto a construção de uma sociedade justa quanto a promoção do bem comum somente serão atingidos se forem criadas condições para que os cidadãos façam valer as suas garantias e tenham acesso à justiça. E isso está presente, de igual forma, com a garantia da assistência judiciária gratuita (Art. 5º, LXXIV), da concessão de mandado de segurança individual e coletivo (Art. 5º, incisos LXIX e LXX).

E talvez o maior avanço do legislador constituinte tenha sido desmistificar o monopólio estatal da jurisdição, com a previsão de alternativas à pacificação dos conflitos, como no caso dos juizados especiais (Art. 98, I, da CF) e com a possibilidade da participação direta do povo na administração da justiça, por meio da justiça de paz (Art. 98, II, da CF).

Mais uma vez, repete-se que o Estado brasileiro, em particular, se preocupou com o acesso à justiça, e não só com o “dizer o direito”, pois não se promove a democracia com a simples e pura aplicação da lei ao caso concreto.

A constitucionalização do processo, isto é, um processo garantido por princípios inculpidos entre os direitos e garantias individuais, tornou possível aumentar o campo de atuação da própria jurisdição, ou melhor, favoreceu a realização do bem comum, possibilitando o acesso dos cidadãos à justiça.

Esse quadro obrigou o legislador ordinário a realizar modificações legislativas, no intuito de adaptar o sistema processual à nova realidade constitucional. Tanto que na última década do século XX, foram editadas inúmeras leis, por meio das quais se introduziu no sistema processual brasileiro novos instrumentos de acesso à justiça, tais como a possibilidade de requerimento da antecipação dos efeitos da tutela e a ação monitória.

Nessa mesma ordem, foram revitalizadas as formas alternativas de solução dos conflitos de interesse, os quais atuam sem a necessidade de uma decisão jurisdicional, tais como as comissões de conciliação prévia da Justiça do Trabalho e a arbitragem, estatuída pela Lei 9.307/96.

Portanto, desde a instrumentalidade que criou uma nova mentalidade nos processualistas, passando pela constitucionalização do processo até a reformulação da legislação ordinária, a função jurisdicional deixou de ter como mera preocupação o “dizer o direito”, transformando-se em instrumento a serviço da paz social, capaz de proporcionar acesso dos cidadãos às formas de solução dos seus conflitos de interesses.

#### **4 O Papel da Arbitragem na Reformulação da Jurisdição.**

O modo pelo qual a Constituição Federal de 1.988 tratou o processo e a jurisdição, democratizando-os, abriu caminhos para que algumas formas alternativas de pacificação dos conflitos fossem revitalizadas, recebendo, tanto do legislador quanto da doutrina, uma atenção especial.

A arbitragem foi a forma alternativa de pacificação dos conflitos, que no Brasil, sofreu modificações substanciais e acabou por gerar repercussões importantes sobre o que se deve entender sobre a teoria e a prática da pacificação dos conflitos de interesses.

Partindo dessa premissa, antes da abordagem específica da arbitragem, serão analisados, de forma breve, algumas mudanças legislativas que também importam no que tange às alternativas dos conflitos de interesse, bem como considerações sobre a necessidade das mesmas na atualidade.

Mauro Cappelletti foi um dos maiores estudiosos no tema do acesso à justiça no mundo. No Simpósio Jurídico W.G. Hart, sobre Justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, no *Institute of Legal Advanced Studies*, no ano de 1.992, o mencionado autor ficou com a responsabilidade de fazer o relatório de abertura, no qual disse que um dos obstáculos ao acesso à justiça é o *processual*, pois, em certas áreas ou espécies de litígios, o processo tradicional poderia não ser o melhor

caminho e que a ADR (*Alternative Dispute Resolution*), isto é, solução alternativa à disputa seria a saída mais viável<sup>12</sup>.

Para Mauro Cappelletti, a conciliação, a arbitragem e a mediação, apesar de não serem novas, sempre foram alternativas à solução dos conflitos e, diante do movimento universal de acesso à justiça, ganharam força nova, como instrumentos de realização desse acesso<sup>13</sup>, porquanto o que importa é que a maioria possa ser beneficiada pela resolução da controvérsia.

No Brasil, o constituinte deixou o caminho aberto para a criação e utilização dos mecanismos alternativos de solução das controvérsias<sup>14</sup>.

Um dos primeiros passos do legislador brasileiro, no sentido de criar e aprimorar os meios alternativos ocorreu com a edição da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, por meio da qual o juiz passou a ter o dever de tentar conciliar as partes, a qualquer tempo, no processo (Art. 125, IV, do CPC) e, ainda, antes do despacho saneador, realizar uma audiência de conciliação, se a causa versasse sobre direitos disponíveis nos moldes do artigo 331 do CPC.

Referido artigo sofreu nova modificação, com a Lei n.º 10.444/02, em que a expressão “direitos disponíveis” foi mudada para “causas sobre direitos que admitam transação”, no intuito de aumentar, ainda mais, o leque de situações em que o juiz está autorizado a tentar a conciliação.

Outro passo importante foi a criação dos juizados especiais cíveis e criminais estaduais, por meio da Lei Federal n.º 9.099/95, que, no seu artigo 2º, é expressa: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (o grifo não pertence ao original). Na própria lei, o legislador fez questão de regulamentar a forma de conciliação, bem como a possibilidade de instituição de juízo arbitral, nos termos dos artigos de 21 a 26.

---

12 CAPPELLETTI, M. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Doutrina Internacional.** REPRO 74/82-97.

13 No relatório já mencionado, Cappelletti disse: “Essa idéia não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução dos conflitos. Entretanto, há um *novo elemento* consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar.” (REPRO 74/88).

14 Anote-se que meio alternativo de solução das controvérsias deve ser entendido, também, como todo o meio que dispensa um julgamento de mérito da demanda, ou seja, com o pronunciamento expresso do magistrado sobre a causa de pedir e o pedido proposto na demanda.



Ainda quanto às pequenas causas, o legislador também criou o juizado especial federal, com a Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2.001, como mecanismo capaz de proporcionar acesso à justiça, principalmente aos mais pobres que dependem da previdência social, e tornar mais ágil a prestação da tutela jurisdicional no âmbito da justiça federal.

Nesse tópico, ganha especial destaque, como alternativa de solução dos conflitos de interesses, a arbitragem, que foi revitalizada no direito brasileiro, por meio da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1.996, que autorizou: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”.

A arbitragem é o instrumento alternativo de pacificação dos conflitos por excelência, pois, diante da nova sistemática, é realizada sem a participação do Estado-juiz, sendo que a sentença proferida pelos árbitros, escolhidos, livremente, pelas partes contratantes, não ficará sujeita a recurso, muito menos à homologação pelo Poder Judiciário (Art. 18 da Lei 9.307/96) e, também, produzirá, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida por um juiz, inclusive sendo considerada título executivo (Art. 31 da Lei 9.307/96 e 584, VI, do Código de Processo Civil)<sup>15</sup>.

Trata-se de um dos nossos maiores avanços em termos de acesso à justiça. É uma inovação importante que colocou o Brasil no mesmo patamar dos países desenvolvidos.

No sistema italiano, por exemplo, que é muito parecido com o sistema brasileiro, a arbitragem é uma forma alternativa de solução das controvérsias, que se desenvolve por intermédio de um processo judiciário, nos termos dos artigos 806 a 840 do Código de Processo Civil Italiano.<sup>16</sup>

---

15 SÁ D. M. R. de. **Considerações sobre a constitucionalidade da lei 9.307/96**. REPRO 97/143-147. Confira, *in verbis*, o que disse a autora: “ Com o advento da Lei 9.307/96, deixou o juízo arbitral de ser atividade não-jurisdicional, aperfeiçoável pela força e autoridade do Estado através da homologação do laudo arbitral, para transformar-se em atividade jurisdicional. Adquiriu, portanto, natureza jurídica diversa e apresenta-se como jurisdição de caráter privado, instrumento de pacificação social que permite a aplicação do direito ao caso concreto, com resolução da lide relativa a direitos patrimoniais disponíveis através de sentença revestida do *status* de título executivo judicial e produtora dos efeitos da coisa julgada.”

16 COMOGLIO, L. P.; FERRI, C.; TARUFFO, M. *Lezioni sul processo civile*, p. 146.

Entre os doutrinadores italianos, a arbitragem é tida como uma forma alternativa, contudo, com natureza jurisdicional, uma vez que o laudo arbitral, da mesma forma que a sentença judicial soluciona a controvérsia. Esse é o posicionamento de Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo<sup>17</sup>.

Ainda entre os italianos, Sergio La China, que é um dos maiores estudiosos da arbitragem naquele país, defende a idéia da arbitragem como uma função jurisdicional.

Diz referido autor que um dos problemas teóricos da arbitragem e talvez o principal deles, é descobrir qual a verdadeira relação entre esta e a jurisdição.

Sergio La China coloca que, antes de 1.994, quando o laudo arbitral dependia da homologação do juiz de primeira instância (*decreto pretoriale*) para que produzisse efeitos, a arbitragem não tinha vida própria. Contudo, após a modificação, a orientação de fundo do Código de Processo Civil foi a de reconhecer valor imediato e incondicionado ao laudo arbitral como instrumento de decisão da controvérsia.<sup>18</sup>

A partir da experiência estrangeira e considerando o modo pelo qual está sistematizada a arbitragem no sistema brasileiro, não há também motivos para não considerá-la como verdadeira tarefa jurisdicional, pois é uma forma de acesso à justiça, garantida no artigo 5º, inciso XXXV, da CF.

Ainda, é bom lembrar que a arbitragem, como as demais formas alternativas, tem uma função social, sendo uma expressão da justiça participativa, na qual o cidadão atua diretamente, por meio da sua vontade, e não substituído pelo Estado, na composição do litígio.<sup>19</sup>

---

17 COMOGLIO, L. P. et. al. *Lezioni*, p. 146. "Como possibilidade alternativa mais importante para solução das controvérsias por meio do processo judiciário está a arbitragem. Em linhas muito gerais se tem a arbitragem todas as vezes que as partes, de comum acordo, destinam a decisão de uma controvérsia a um terceiro (ou a um colégio de três pessoas). Se trata de verdadeira e própria decisão, e não de conciliação ou mediação, por que o árbitro não tem a função de induzir as partes a um acordo, mas sim aquela de resolver a controvérsia fundamentando-a de acordo com a pretensão das partes." (Tradução livre).

18 CHINA, S. La. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, p. 12.

19 COSTA, N. C. A. da. *Poderes do árbitro*. p. 29).

O autor em recente obra tratando sobre os poderes do árbitro, disse: "A arbitragem, na forma instituída pela Lei 9.307/96, tem como função social básica: a) propiciar ao jurisdicionado uma opção a mais para a resolução adequada de determinados conflitos (acesso à justiça); b) garantir a participação do cidadão na administração da justiça; c) tendência de reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, no que diz respeito aos julgamentos de causas envolvendo direitos disponíveis e, com isso, fazer com que haja melhoria qualitativa nos julgamentos de alta relevância social (direitos indisponíveis) e d) modernizar o País no que diz respeito às relações internacionais, inserindo-o de maneira real no mercado internacional."

Joel Dias Figueira Júnior, que, ao lado de Carlos Alberto Carmona, é um estudioso da arbitragem no Brasil, ressaltou que, diante da crise vivida pela jurisdição estatal, representada pelo inchaço das funções e atribuições do Estado-juiz, entraves de natureza estrutural, inadequação das normas procedimentais, entre outras, a arbitragem e as demais formas representam não só alternativas à pacificação dos conflitos, mas também mecanismos capazes de minorar os efeitos da anunciada crise institucional.<sup>20</sup>

Nessa ordem de idéias, a arbitragem está colocando fim ao mito do monopólio da jurisdição estatal, isto é, a solução dos conflitos pode ser realizada, independente de uma decisão (sentenças ou acórdãos) do Poder Judiciário, como também por uma sentença arbitral.

As tarefas de solucionar o conflito e trazer paz para a sociedade, com efetividade, não são mais exclusivas do Estado, uma vez que o juiz privado também está autorizado a julgar.

É certo que o novo contorno, conferido ao instituto da arbitragem, modernizou o direito brasileiro, equiparando-o às nações mais desenvolvidas, onde essa forma de solução de conflito é largamente utilizada, como já citado.

Porém, necessário considerar-se que essa forma alternativa de solução de conflito não foi tão bem recebida no meio jurídico brasileiro, em especial por parte daqueles que a consideram inconstitucional, por afrontar o princípio do acesso ao Judiciário.

No mais, encontrou alguns obstáculos, como: a não utilização da arbitragem em causas onde a União e equiparados sejam parte; igualmente os bancos não são alvo desse meio alternativo de solução de conflito; restando, como público alvo, pessoas comuns, parte quase insignificante no volume de processos nos Tribunais.

Talvez essas sejam algumas das razões, a fim de que essa modalidade de jurisdição (arbitragem) não tenha se intensificado no Brasil, como ocorreu em outros países.

O questionamento sobre a constitucionalidade do instituto foi o motivo que estremeceu as bases do instituto, trazendo insegurança transitória sobre o tema.

O argumento utilizado pelos defensores do posicionamento contrário à constitucionalidade da arbitragem fica em torno da eventual inobservância do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

20 FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Arbitragem, Legislação nacional e estrangeira e o monopólio estatal*. p. 14-16.

Saliente-se que a referida garantia constitucional não impõe ao cidadão a obrigatoriedade de buscar a tutela jurisdicional, isso porque predomina, no Estado Brasileiro, nesse aspecto, o princípio da liberdade do cidadão em fazer valer, também, as formas alternativas de solução dos conflitos.

A Lei de Arbitragem traduz-se numa dessas alternativas e privilegia o acesso à justiça, proporcionando ao cidadão a escolha dessa via. Utilizando a lição de Djanira Maria Radamés de Sá, fica clara a seguinte idéia: “Determinada a natureza jurídica da arbitragem a partir da possibilidade de delegação pelo Estado, a agentes privados, da capacidade de exercício da função jurisdicional, é de se interpretar o dispositivo constitucional nesses exatos limites, considerando garantido o acesso à jurisdição também pela via arbitral, como resultado do poder de escolha do jurisdicionado.”<sup>21</sup>

Ainda sobre a arbitragem e sua constitucionalidade, é relevante citar-se a decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal no SE nº 5.206, que, após 6 (seis) anos de discussões, achou por bem considerar como constitucionais as disposições da Lei 9.307/96.<sup>22</sup>

Assim, negar ao jurisdicionado a opção, a liberdade de escolha sobre a forma de tutela de seus direitos disponíveis significa irremediável retrocesso.

Esses argumentos favoráveis à constitucionalidade da arbitragem não representam uma tentativa de atacar o Poder Judiciário ou desprezar suas funções; ao contrário, proporcionar maior acesso dos cidadãos à justiça, como corolário do bem comum<sup>23</sup>.

21 I SÁ, D. M. R. de. Considerações sobre a constitucionalidade da lei 9.307/96, p. 145.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2001. Sentença Estrangeira nº 5206. Requerente: MBV Commercial And Export Management Establishment. Requerido: Resil Industria e Comércio Ltda. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2.001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

23 FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. Op. Cit., p. 23.

Prelecionou que: “[...] diante da facultatividade concedida aos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos de interesses de natureza patrimonial disponível através da jurisdição estatal ou privada, tende o Estado-juiz a fortalecer-se gradativamente, à medida que se for necessariamente provocado quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, onde sua atuação é imprescindível em face da natureza da relação conflituosa no plano material.” Continuando, o autor disse: “Com a redução gradativa do acesso à jurisdição estatal para dirimir questões patrimoniais de maior complexidade, os Magistrados certamente encontrarão mais tempo para se dedicar às causas que, de fato e de direito, não prescindem de sua efetiva participação, como instrumentos de pacificação social.”

Joel Dias Figueira Júnior expôs a seguinte idéia, com a qual se encerra o presente tópico: “O mito do monopólio da jurisdição estatal há de ser quebrado e alardeado como a boa nova que os ventos trazem para os próximos tempos. A jurisdição privada, isto é, o juízo arbitral, ao lado de outras formas alternativas de solução dos conflitos, inspiram aos jurisdicionados e operadores do Direito a tão esperada bonança no recebimento da prestação das tutelas.”<sup>24</sup>

Há pelo menos dois aspectos importantes que militam a favor da adoção da arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos e colaboram diretamente na construção de uma nova visão sobre a função jurisdicional, que podem ser resumidos aos princípios da imparcialidade do julgador e o do dever de motivar as decisões.

No artigo 13, parágrafo 6º, da Lei de Arbitragem, o legislador deixou claro que: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição.”

O critério para determinar a função jurisdicional não pode ser o fato do agente julgador pertencer a um ou outro órgão estatal, mas sim a sua disposição e o seu compromisso para julgar com imparcialidade, isto é, acima e entre as partes, fazendo valer a verdade na solução do conflito.

A imparcialidade não é atributo exclusivo do juiz estatal, portanto, mas de todo aquele que está autorizado e se presta a solucionar os conflitos de interesse<sup>25</sup>.

Por outro lado, no artigo 26, inciso II, da mesma Lei, há menção expressa para que o árbitro fundamente sua decisão, como requisito da sentença arbitral, sob pena de sua nulidade (Art. 32, III, da Lei de Arbitragem). É o dever de motivar as decisões, oriundo da garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da CF.

Nada mais natural, até mesmo como forma de afirmar a importância da alternativa jurisdicional da arbitragem, que as decisões emanadas dos árbitros também sejam fundamentadas, como forma de garantia das partes, que poderão saber quais foram os motivos que conduziram-nos a julgar.

---

24 Id Ibid. p. 24.

25 CAMBI, E. **Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica**, p. 123.

Eduardo Cambi, jovem processualista paranaense, em recente obra sobre a jurisdição, a partir de uma análise crítica, no capítulo intitulado à função social da jurisdição e do processo civil, disse: “Já a arbitragem é uma forma de privatização da justiça, uma vez que a solução da controvérsia é realizada por árbitros escolhidos pelas próprias partes, não pelo Judiciário, exceto quando não há acordo (Lei 9.307/96, art. 13). Isto contudo, não torna esta lei inconstitucional, não colidindo com o art. 5º, inc. XXXV, da CF, porque: a) essa lei não impõe a arbitragem, mas apenas a faculta; b) a atividade jurisdicional não é monopólio estatal, pois o que é imprescindível para dizer o direito nos casos concretos é a imparcialidade do julgador, que pode ser encontrada tanto nos juízes quanto nos árbitros.”

Após tais anotações, é possível demonstrar que a jurisdição deve ser encarada a partir de uma nova visão, com a ruptura de velhos paradigmas.

A função jurisdicional não é, como se viu, exclusividade do Estado, mas também e principalmente pela participação do povo na busca da solução dos conflitos, por intermédio da arbitragem, por exemplo, na qual a decisão da controvérsia se dá por ato de terceiros, que não juízes estatais, mas que se revestem da função de solucionar conflitos, de modo imparcial e motivando suas decisões. É a privatização da justiça.

## 5 Considerações finais.

Ao final, longe de esgotar o tema e com o intuito de trazer mais questões do que respostas em torno da discussão, busca-se agora tão somente criar uma nova conceituação para a jurisdição.

Considerando os fatores constitucionais citados, a instrumentalidade e a nova sistemática processual, bem como as formas alternativas de solução das controvérsias, em especial a arbitragem, a jurisdição pode ser conceituada, atualmente como sendo “a função mediante a qual os conflitos de interesses são solucionados com pacificação social, exercida tanto pela justiça pública quanto pela justiça privada”.

Trata-se de um novo conceito que vem reforçar a idéia de que um Estado Democrático de Direito somente pode ser construído tendo como base um sistema de distribuição de justiça capaz de solucionar os conflitos de interesses com mais rapidez, ou pelo menos no momento adequado, e com devida segurança.

O fato de alçar a arbitragem ou qualquer outra forma de solução das controvérsias como função jurisdicional, não representa a fórmula mágica para solução de todos os males institucionais.

Considerar a arbitragem como um mecanismo jurisdicional de solução das controvérsias, significa não só quebrar a barreira do monopólio do Judiciário na solução dos conflitos, mas criar novos paradigmas que devem ser levados em conta na pacificação dos conflitos.

Os meios alternativos somente poderão surtir os efeitos esperados pelo legislador e pela sociedade se realmente forem encarados e tratados de maneira que seus resultados possam modificar a vida das pessoas, pois essa modificação prática e efetiva é o mínimo que se espera de institutos voltados para o acesso à justiça.

Nesse contexto, tanto o juiz quanto o árbitro ganham especial relevância, pois ambos se tornam agentes da pacificação social, não só meros aplicadores da lei no caso concreto, mas figuras representativas capazes de promover o acesso em todos os sentidos, longe da neutralidade e do dogmatismo.



Portanto, o conjunto formado por juízes e árbitros deve ser chamado de grupo dos pacificadores sociais, ou melhor, agentes sociais, capazes de transformar a sociedade e as pessoas, educando-as para o exercício da cidadania.

## REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e Processo. A Influência do Direito Material sobre o Processo.** 1. ed. São Paulo: Malheiros. 1.995.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** (Trad.) Ellen Gracie Northfleet. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1988.
- \_\_\_\_\_. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 74, p. 82-97, abr./jun./ 1.994.
- CAMBI, E. **Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica.** 1. ed. Curitiba: Juruá. 2.003.
- CARMONA, C. A. **Arbitragem e Processo. Um comentário à lei 9.307/96.** 1. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.
- CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol I. 2ª Edição. Campinas: Bookseller. 2000.
- CINTRA, A. C. de A. et al. **Teoria Geral do Processo.** 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 1999.
- COMOGLIO, L. P. et. al. *Lezioni Sul Processo Civile.* Bologna: Il Mulino. 1995.
- COSTA, N. C. A. da. **Poderes do árbitro. De acordo com a lei 9.307/96.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo.** 7. ed. rev. atual.. São Paulo: Malheiros. 1999.
- FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Arbitragem, jurisdição e execução.** 2. ed. São Paulo: RT. 1.999.
- \_\_\_\_\_. **Arbitragem. Legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional.** 1. ed. São Paulo: LTr. 1999.
- LA CHINA, S. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza.* Milano: Giuffrè. 1.995.
- LOPES, J. B. **Tutela Antecipada no processo civil brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.
- MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.
- PAULA, J. L. M. de. **A jurisdição como elemento de inclusão social. Revitalizando as regras do jogo democrático.** 1. ed. Barueri: Manole. 2003.



SÁ, D M. R. de. Considerações sobre a lei 9.307/96. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 97, p. 143-148, jan./mar./2000.

YARSHELL, F. L. **Tutela Jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

VERDE, G. **Profili del Processo Civile**. 1..Parte Generale. 4. ed. Napoli: Jovene. 1994.





# LIMITES CONSTITUCIONAIS À EFETIVAÇÃO DA REFORMA TRIBUTÁRIA POR EMENDA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO E ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTES

*Antonio Carlos Lovato\**

## RESUMO

O tema reforma tributária deve ser entendido sob os aspectos de descomplicação do Sistema Normativo e de desoneração tributária. No contexto de reforma tributária não podem ser relegados os aspectos inerentes às receitas e despesas públicas, já que as necessidades públicas são imperantes. Ao estabelecer-se uma reforma tributária em nível constitucional devem-se ter como parâmetro os princípios e garantias fundamentais dos cidadãos e os princípios consagradores do sistema federativo, verdadeiros alicerces de nosso sistema jurídico, por constituírem-se ‘cláusulas pétreas’ intocáveis por emenda constitucional.

**Palavras-Chave:** Reforma tributária; Limites constitucionais; Cláusulas pétreas; Pacto federativo; garantias fundamentais dos contribuintes.

## ABSTRACT

The tax reform theme should be understood under the aspects of facilitation of the Normative System and tax exemption. In the context of tax reform the inherent aspects of public income and expenses should not be relegated since the public needs are imperative. When a tax reform is established at constitutional level there should be as a parameter the fundamental principles and guarantees of the citizens and the principles that consecrate the Federal system, the real base of our juridical system, as they constitute ‘stone clauses’ which are untouched by Constitutional Emendation.

**Key-Word:** The Reformation tax; Limite constitutional; Stone clauses; Federative pact; basic guarantees of the contributors.

---

\* Professor de Direito Tributário da Universidade Estadual de Londrina e do Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL - Advogado Tributarista.  
Mestre em Direito Negocial pela UEL.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Reforma Tributária Atinente às Receitas e Despesas Públicas. 3 Limites Estabelecidos pelos Princípios Constitucionais Tributários. 3.1 Conceito e Importância dos Princípios Constitucionais. 3.2 A Imutabilidade das Cláusulas Pétreas da Constituição. 3.3 Restrição em Razão do Pacto Federativo. 4 O Princípio da República Federativa e das Garantias Fundamentais dos Contribuintes em Face das Alterações em Tramitação no Congresso Nacional. 5 Conclusões. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Somente se pode falar em reforma tributária se ela for considerada como uma reformulação total de todo sistema tributário nacional, caso contrário, estar-se-á referindo a um ‘remendo tributário’ e não a uma reforma tributária.

Nesse contexto, para fazer uma reforma tributária devem-se ter em mente os seguintes objetivos básicos: a)- a descomplicação do sistema tributário nacional, entulhado de inúmeros tributos injustos e de um conjunto de normas tributárias contraditórias de difícil integração e interpretação, tornando a sua aplicação extremamente complicada; b)- a desoneração tributária, através da eliminação de tributos, em face da incidência cumulativa por recaírem sobre a mesma base, e também pela desoneração da carga tributável, mediante a compatibilização da imposição de tributos com a produção, com a geração de empregos e com a economia globalizada.

Para alcance desses objetivos, muitas modificações precisam ser feitas, alterando-se a norma constitucional; porém, muitas poderão ser feitas na própria legislação infraconstitucional, mediante racionalização de toda legislação, eliminando-se as incongruências existentes.

Para que seja efetuada qualquer alteração no sistema tributário nacional, seja constitucionalmente seja infraconstitucionalmente, deve-se obedecer irrestritamente aos princípios constitucionais, entre os quais o da República Federativa e aos princípios e garantias individuais. Tais princípios são intocáveis, pois nem mesmo uma emenda constitucional pode alterá-los, em face da disposição expressa contida no § 4º do art. 60, da Constituição Federal.

Nota-se a existência de dois grandes conjuntos de impedimentos à realização de uma reforma tributária ampla, a saber, os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes de um lado, e, de outro lado, o consagrado princípio da autonomia política administrativa e financeira dos entes federados encartados no princípio da federação.

Dessa forma, o problema a ser enfrentado está interligado com essas barreiras colocadas pelo constituinte originário. Devem-se, pois, harmonizar as altera-



ções inerentes às reformas, sem perder de vista que o Estado necessita de receitas para a realização de suas funções; contudo, esse objetivo deve ser almejado sem esbarrar nos princípios sedimentados no sistema tributário nacional, sob pena de conduzir-se uma reforma inconstitucional.

Pretende-se com este breve estudo, a respeito da reforma tributária em tramitação no Congresso Nacional, demonstrar os limites constitucionais que impedem o avanço sobre alguns aspectos estabelecidos pelo constituinte originário que se constituem área intocável pelo constituinte derivado.

## **2 REFORMA TRIBUTÁRIA ATINENTE ÀS RECEITAS E DESPESAS PÚBLICAS**

Uma das maiores reivindicações da sociedade, de uma maneira geral, é a diminuição da carga tributária, ou seja, a redução dos tributos que incidem diretamente sobre os membros ou que, de maneira indireta, acabam onerando-os por atingir a produção ou o consumo de bens e serviços.

Essa reivindicação é um dos objetivos da reforma tributária e para concretização dessa finalidade não se pode perder de vista que os recursos tributários (receita pública) são necessários à satisfação das necessidades públicas (despesa pública).

Portanto, um primeiro ponto a ser enfrentado, ao falar-se em reforma tributária é o financeiro, pois não há como diminuir receitas se não houver diminuição de despesas. Trata-se de uma relação entre o peso e o contrapeso, que para manter-se equilibrada, requer que os dois lados precisam manter-se com os mesmos pesos. Assim, soa ilusório, utópico, apenas pugnar pela diminuição da receita sem apresentar propostas de redução das despesas.

Por um lado não é possível negar que uma das funções primordiais do Estado é suprir a sociedade dos meios necessários que possibilitem a seus membros viver em harmonia<sup>1</sup>. O homem, por sua vez, para viver com dignidade não pode prescindir de necessidades que são os bens e serviços necessários à sua satisfação<sup>2</sup>. Essas necessidades são de ordem individual, coletiva e pública. Assim postas:

---

1 CAMPOS, D. de. **Direito Financeiro e Orçamentário**, p. 21.

2 Id. *Ibid.*, p. 21.

- Necessidades Individuais - aquelas satisfeitas pelo esforço do indivíduo. São elas: a necessidade de alimentação, vestuário, habitação, etc.
- Necessidades Coletivas - aquelas satisfeitas pelo esforço coordenado da sociedade. São elas: as necessidades de escolas particulares, de oficinas mecânicas, de transportes coletivos etc.
- Necessidades Públicas - aquelas que são tuteladas pelo Estado, que toma para si a responsabilidade pela satisfação. São elas: a manutenção de ordem pública, a defesa nacional, a proteção de ordem interna, a proteção da saúde pública, a previdência social, a proteção trabalhista, etc.”<sup>3</sup>

A escolha das necessidades coletivas a serem atendidas pelo Estado estão na alçada dos governantes não de forma aleatória e arbitrária, mas de forma planejada e autorizada pelos órgãos competentes. Como consequência da divisão dos poderes, o Poder Executivo submete-se às normas aprovadas pelo Poder Legislativo<sup>4</sup>. Modernamente, o exercício da atividade financeira, com o fim de atender as necessidades públicas, deve pautar-se por um orçamento equilibrado, no qual estejam contempladas as condições ideais de desenvolvimento porém, sem o desperdício do dinheiro público<sup>5</sup>.

Na realização das necessidades públicas, concretizar-se-á fatalmente a despesa pública, que nada mais é do que a destinação de recursos econômicos pelo Poder Público<sup>6</sup> para o pagamento dos gastos públicos, ou na conceituação de Dejalma de Campos: “despesa pública é a aplicação de certa importância em dinheiro, por autoridade pública, de acordo com autorização do Poder Legislativo, para execução de serviços a cargo do Governo.”<sup>7</sup>

Desde de que se tem despesa pública, esta terá de ser satisfeita por receita pública que, numa visão preliminar pode ser conceituada como “todo o ingresso de dinheiro nos cofres de uma pessoa de direito público.”<sup>8</sup> As receitas, na divisão clássica (alemã), classificam-se em receitas originárias e receitas derivadas. As receitas originárias são obtidas pelo Estado através da administração dos seus recursos e bens patrimoniais (*jus gestionis*), no exercício de uma atividade estatal

3 CAMPOS, D. de. **Direito Financeiro**, p. 21.

4 BORGES, J. S. M. **Introdução ao Direito Financeiro**, p. 18.

5 BASTOS, C. R. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**, p. 13.

6 Id. *Ibid.*, p.21.

7 CAMPOS, D. de. *Op. Cit.*, p. 45.

8 BASTOS, C. R. *Op. Cit.*, p. 35.

equiparável à atividade particular. As receitas derivadas são obtidas pela arrecadação de tributos, mediante o exercício, por parte do Estado, do seu poder de império (*jus imperii*)<sup>9</sup>, uma vez que a maior parcela do dinheiro necessário ao desempenho das funções advém da imposição coativa de tributos<sup>10</sup>. Na perspectiva do Estado moderno, as receitas tributárias são, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, as mais significativas fontes de receitas<sup>11</sup>. Dessa forma, não há como dissociar as receitas advindas da imposição tributária das despesas públicas, vale dizer, pensar em diminuir a carga tributária sem diminuir as despesas públicas é utópico e ilusório. Assim, o tema reforma tributária está intimamente relacionado ao problema do equilíbrio do orçamento público.

### 3 LIMITES ESTABELECIDOS PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

#### 3.1 Conceito e Importância dos Princípios Constitucionais

Partindo da premissa de que os princípios constitucionais tributários fazem parte do Sistema Constitucional Tributário, já que nele está inserido o rol de garantias mínimas ao contribuinte contra as investidas arbitrárias do Estado impositor de tributos, esse rol de garantias ficou conhecido como “Estatuto do Contribuinte”, conforme define Geraldo Ataliba<sup>12</sup>, referindo-se a Luis Trobatas, ao expor:

É o conjunto de normas e princípios constitucionais que definem, em tese, a esfera mínima de direitos subjetivos públicos, constitucionais do contribuinte, diante da ação tributária do Estado e, portanto, coloca os termos essenciais do relacionamento estado-contribuinte, fisco-contribuinte, que estão no nosso direito, nos princípios específicos da tributação, que examinaremos [...].

Os princípios são normas? Hugo de Brito<sup>13</sup> ensina que, segundo uma visão positivista, o princípio jurídico nada mais é do que uma norma jurídica, uma norma especial dentro do sistema jurídico, dotada de abrangência, em razão da universalidade e da perenidade, constituindo-se, por isso, a própria estrutura do sistema jurídico.

9 BORGES, J. S. M. Op. Cit., p.36.

10 Id. Ibid., p. 24.

11 CAMPOS, D. de. Op. Cit., p.57.

12 ATALIBA, G. Sistema Constitucional Tributário. In: **Conferências Sobre Temas Tributários**, p. 178.

13 MACHADO, H. de B. **Os Princípios Jurídicos da Tributação da Constituição de 1988**, p. 11

Paulo de Barros<sup>14</sup> enuncia: “Princípios são linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas.” Às vezes, apresentam-se em dispositivos expressos, outras, implicitamente nas normas.

Rui Barbosa Nogueira<sup>15</sup> conceitua: “Princípios são o ‘conjunto de proposições diretoras, características, às quais todo o desenvolvimento seguinte deve estar subordinado’.”

Bandeira de Mello<sup>16</sup> entende-o como verdadeiro alicerce de um sistema jurídico. Para o autor, violar um princípio significa violência maior do que violar uma norma.

Os princípios são encontrados em todos os escalões do sistema jurídico. Evidentemente, os princípios constitucionais são, pela ordem hierárquica, os mais importantes dentro da estrutura jurídica<sup>17</sup>. Assim, violar um princípio constitucional importa ruptura da própria Constituição<sup>18</sup>.

Roque Carrazza<sup>19</sup>, pregando a supremacia do princípio constitucional, conclui:

Portanto, tudo congrega a indicar que as leis e demais atos normativos de igual e inferior hierarquia, além de deverem obedecer às regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados da forma mais congruente possível, com os princípios encartados no Código Supremo.

A Carta Magna traz em seu bojo, explicitamente ou implicitamente, princípios constitucionais, que figuram como verdadeira diretiva. Esses caracterizam-se como demarcadores da essência do Estado. Entre eles podem-se destacar os princípios: “republicano, federativo, da autonomia municipal, da anterioridade, da legalidade e da segurança jurídica”, elencados por Roque Carrazza<sup>20</sup>.

14 CARVALHO, P. de B. **Curso de Direito tributário**, p. 90.

15 NOGUEIRA, R. B. **Curso de Direito Tributário**, p. 39.

16 MELLO, C. A. B. de. **Elementos de Direito Administrativo**, p. 230.

17 CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 27.

18 BORGES, J. S. M. **Lei Complementar Tributária**, p. 13.

19 CARRAZZA, R. A. Op. Cit., p. 31.

20 Id. Ibid., p. 33.

### 3.2 A Imutabilidade das Cláusulas Pétreas da Constituição

Na Constituição anterior já estavam consagrados como “cláusula pétrea”, os princípios que comandam a República e a Federação. A Constituição atual, no art. 60, impede que seja objeto de reforma constitucional, além da forma federativa do Estado, os direitos e garantias individuais<sup>21</sup>.

Ao consagrar o direito de propriedade, somente a própria Constituição Federal poderia restringir o alcance dessa garantia. Nesta linha, o exercício da imposição tributária evidencia uma restrição ao direito de propriedade, sendo os limites do exercício da competência tributária delineados na própria Constituição Federal, definidos nos arts. de 150 a 152 na seção: “Das Limitações do Poder de Tributar”. Assim, o exercício da competência tributária deve percorrer estritamente os trilhos traçados pela Constituição<sup>22</sup>.

Por esse raciocínio, quando a Constituição contempla, como direito e garantia fundamental, o direito de propriedade e a imposição tributária, estabelece-se a restrição ao direito de propriedade dentro dos limites previstos na própria Constituição. As limitações constitucionais, traduzidas pelos princípios constitucionais tributários, como o princípio da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, da isonomia, da capacidade contributiva, da vedação do tributo confiscatório de outros princípios consagrados nos arts. 150 e sgts. da Constituição Federal, constituem-se, todas “cláusula pétrea”<sup>23</sup>, imutáveis por Emenda Constitucional.

### 3.3 Restrições em Razão do Pacto Federativo

O termo “federalismo”, como observa José Afonso da Silva<sup>24</sup>, vem da Constituição norte-americana de 1787. Refere-se à forma de Estado, designada “Federação” ou “Estado federal” e é caracterizado pela união de coletividades públicas, dotadas de autonomia política e constitucional.

No Brasil, o “Estado Federal” foi instituído em 1889 com a proclamação da República e manteve-se nas constituições posteriores e na Constituição de 1988<sup>25</sup>. A “federação” consiste na união de coletividades regionais autônomas, denominadas “estados federados, estados-membros” ou simplesmente estados.

---

21 AMARO, L. *As Cláusulas Pétreas e o Direito Tributário*, Revista Dialética de Direito Tributário, n. 21, p. 72.

22 CARRAZZA R. A. Op. Cit., p. 193-194.

23 AMARO, L. Op. Cit., p. 73-5.

24 SILVA, J. A. da., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 93-94.

25 Id. Ibid., p. 91.

No sistema brasileiro, fazem parte da federação: Os estados, o distrito federal e os municípios. O “Estado federal” é o todo, dotado de personalidade jurídica de direito público internacional, a União é a entidade de direito público interno, autônoma em relação às demais entidades, dotada ainda de soberania. As demais entidades são autônomas, porém, não têm soberania<sup>26</sup>. Denota-se, pois, que a distinção mais marcante entre a União Federal e as demais entidades federadas, está centrada na soberania. Esta, segundo Roque Carrazza<sup>27</sup>, “é a faculdade que, num dado ordenamento jurídico, aparece como suprema. Tem soberania quem possui o poder supremo, absoluto e incontestável, que não reconhece, acima de si, nenhum outro poder.”

O que importa e o que tem relevância no tocante à matéria tributária é que, por força do princípio federativo, as entidades federadas são dotadas de autonomia política e administrativa. A forma de convivência, dentro do sistema jurídico federal, é possível através de uma rígida e detalhada discriminação de competência<sup>28</sup>.

Por sua vez, a autonomia política e administrativa implica o poder que as entidades federadas têm, dentro das limitações e prerrogativas constitucionais do exercício desta competência, para que não entrem em choque com o poder da União Federal, ou com o de outra entidade, cabendo observar que sempre deve prevalecer a igualdade entre estas<sup>29</sup>. Em razão dessa rigidez do sistema, fica expressamente vetada a invasão da órbita de competência por outra entidade, também em relação ao exercício da competência tributária<sup>30</sup>.

A indissolubilidade da Federação está garantida pela norma contida no art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal ao vetar proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa do Estado. Essa ‘cláusula pétrea’ não pode ser violada, nem de forma direta, nem por via oblíqua, como, por exemplo, a retirada da competência tributária dos estados<sup>31</sup>. Essa mesma garantia mantém intocável a competência tributária dos municípios<sup>32</sup>. A preservação da competência tributária dos entes federados está ligada à preservação da autonomia financeira da união, dos estados e dos municípios<sup>33</sup>.

---

26 Id. *Ibid.*, p. 91-92.

27 CARRARA, R. A. Op. Cit., p. 63/64.

28 Id. *Ibid.*, p. 74.

29 Id. *Ibid.*, p. 81.

30 Id. *Ibid.*, p. 89-90.

31 Id. *Ibid.* p. 78.

32 Id. *Ibid.*, p. 103-104.

33 AMARO, *As Cláusulas Pétreas e o Direito Tributário*, Revista Dialética de Direito Tributário, n. 21, p. 73.



#### 4 O PRINCÍPIO DA REPÚBLICA FEDERATIVA E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTE EM FACE DAS ALTERAÇÕES EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

A proposta de emenda à Constituição nº 175-A, de 1995, que deu início à discussão sobre a reforma tributária, em tramitação no Congresso Nacional, tem em seu bojo, como principal ponto de reforma, a criação do “ICMS FEDERAL” assemelhado ao IVA (imposto sobre o valor agregado) vigente na Europa e em alguns países da América Latina, a incidir sobre “operações relativas à circulação de mercadorias, sobre a prestação de serviços e sobre as operações relativas à circulação de combustíveis”, conforme redação dada ao art. 154, da Constituição Federal. No entanto, tal proposta acabou emperrada no Congresso Nacional, estando em evidência a PEC 285/2004, mantendo de uma certa maneira a competência dos estados, porém, com restrições estabelecidas pela Constituição e por leis complementares, entre as quais a uniformidade de alíquotas e o controle imposto em relação à concessão de incentivos fiscais.

A criação de um tributo nos moldes do IVA, segundo o modelo europeu e também vigente em alguns países da América do Sul (Argentina, Uruguai e Paraguai), na realidade não é incompatível com o sistema federativo, portanto, o problema não é de ordem jurídica, mas de ordem política, como observa Misabel Derzi<sup>34</sup>, ao mencionar que os estados e os municípios ainda se ressentem do centralismo autoritário que caracterizou o federalismo concentracionista do regime militar, devendo lutar para manter as conquistas advindas com a Constituição de 1988.

Nesse contexto, deve ser levado em consideração que a autonomia política das entidades federadas está relacionada à respectiva autonomia financeira que, por sua vez, está relacionada ao exercício de sua própria competência tributária (repartição de competência tributária) mediante a participação no produto de arrecadação de outras entidades (repartição de receitas)<sup>35</sup>.

Segundo a posição adotada por Sampaio Dória<sup>36</sup>, não é a discriminação de rendas a característica fundamental do sistema federativo, mas o poder político advindo do poder de tributar, mediante a outorga de competência tributária que é requisito fundamental do sistema federativo.

---

34 DERZI, M. A. M. A necessidade da Instituição do IVA no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. In: **Reforma Tributária & Mercosul**, p. 22-23.

35 MÉLEGA, L. H. C. **O Federalismo e as Normas Centrais da Constituição de 1988**, Repertório IOB de Jurisprudência, n: 18-98, cad. 1, p. 440.

36 DÓRIA, A. R. S. **Discriminação de Rendas Tributárias**, p. 14-15.

Pelo que se depreende da posição de Sampaio Dória, o que não é requisito do pacto federativo é a discriminação de rendas no sentido genérico, uma vez que essa expressão engloba a atribuição de competência (partilha do poder tributário) e a distribuição de receitas tributárias (partilha do produto da arrecadação)<sup>37</sup>.

O próprio Sampaio Dória<sup>38</sup>, embora se utilize do termo genérico discriminação de rendas para designar as duas formas de obtenção de receitas, estabelece uma distinção nessa discriminação, em razão do exercício da competência, distinguindo entre discriminação pela fonte, ou originária, e discriminação pela participação no produto, ou derivada. A primeira diz-se originária porque toda a legislação tributária provém do órgão que efetua a arrecadação, e se apropria da parcela da arrecadação dentro dos limites constitucionais. A segunda, diz-se derivada porque a entidade que participa na arrecadação não recebe o poder tributário direto, mas apenas participa na arrecadação de tributos pertencente à competência de outras entidades. Assim, pelo que se percebe da posição do autor<sup>39</sup>, é a atribuição de competência o requisito axiomático da federação, pois essa assegura a independência política.

Portanto, a substituição de tributos pertencentes ao âmbito da competência dos estados, distrito federal e municípios, sem restringir o poder político inerente ao exercício dessa competência, para criação de um só tributo no âmbito federal, por si só, não viola o sistema federativo. O que deverá ser preservado é a garantia constitucional da participação na receita tributária e o poder de legislar, mesmo que concorrentemente, ou seja, a emenda constitucional deverá garantir que não haverá perda de receita e, também, que essas entidades não fiquem “nas mãos” da União Federal a mendigar os repasses ou a sujeitar-se integralmente à legislação federal, sem o exercício de qualquer poder político.

Nessa linha, o que tem de ser preservado numa reforma tributária é a capacidade de obtenção de receitas. Nela as regras devem estar expressamente e claramente delineadas na Constituição Federal, bem como a preservação do poder político das entidades federadas.

---

37 MACHADO, H. de B. **Curso de Direito Tributário**, p. 24.

38 DÓRIA, A. R. S. Op. Cit., p. 18-21.

39 Id. *Ibid.*, p. 15.

Assim, com a substituição dos impostos IPI, ICMS e ISS e com a criação de apenas um imposto - não importa qual seja sua denominação - o mais importante, para não violar o pacto federativo, é estabelecer um sistema de repartição de receitas automático, no ato do recolhimento, em que, já estejam previstos, na própria guia de recolhimento, os percentuais de cada entidade, adotando-se o sistema de distribuição feito na 'boca do caixa', como existe em alguns países, a exemplo da Alemanha<sup>40</sup>.

E para preservar o poder político faz-se necessário manter, em favor das entidades federadas, o exercício do poder de legislar, mesmo que concorrentemente, a respeito dos tributos.

Um outro sistema que deve ser contemplado, e de forma ampla, é o sistema da não-cumulatividade, para prever que a incidência sobre qualquer operação pertencente à cadeia produtiva, industrialização, comércio ou serviços, principalmente os relativos à energia elétrica, combustíveis e telecomunicações, incluídas as aquisições pertinentes ao ativo fixo, sejam abatidas das etapas posteriores. Só assim serão evitados os efeitos da incidência em cascata, conforme observa Misabvel Derzi<sup>41</sup>.

Ocorre que, em vez de verificar-se a implementação do ICMS nos moldes previsto na PEC-175-A, houve um esfacelamento da proposta original, implementado pelo próprio Governo Federal, pelo atual e pelo antecessor, o que, ao contrário de estabelecer o fim da guerra fiscal, pela simplificação do sistema tributário nacional e desoneração dos contribuintes, acabou gerando, em todos os aspectos, a criação tributos e de mais onerações tributárias, estabelecendo uma série de gravames sobre os contribuintes, vítimas mais uma vez dos efeitos nocivos das propostas onerativas veiculadas sob as vestes de uma reforma tributária.

Por outro lado, há de ser ressaltado que a União Federal, ao estabelecer uma série de alterações no concernente ao sistema tributário nacional, criando aumento das contribuições sociais, comete uma violação do pacto federativo em relação aos estados e aos municípios que, de uma maneira indireta, são espoliados da partilha de receitas, perdendo com isso autonomia financeira, e, conseqüentemente, autonomia política e administrativa. Assim, em face do disposto no art. 60, § 4º, I, a instituição de alterações importam na restrição da autonomia política e administrativa, evidenciando flagrante violação à norma constitucional.

---

40 BALTHAZAR, U. C. **Apresentação in Reforma Tributária & Mercosul.**

41 DERZI, M. A. M. *A Necessidade... Reforma...* p. 20-21.

## 5 CONCLUSÕES

O tema reforma tributária pode ser analisado sob dois enfoques: sob o ponto de vista de descomplicação do sistema jurídico em nível constitucional e infraconstitucional; e sob o ponto de vista de diminuição da carga tributária, com a eliminação de tributos injustos e incompatíveis com a economia globalizada.

Falar em reforma tributária sem fazer uma reflexão a respeito da relação entre receitas e despesas, ou seja, sem atentar para o equilíbrio orçamentário, significa distanciar-se da realidade, uma vez que a satisfação das necessidades coletivas depende inexoravelmente de receitas advindas da imposição tributária. Assim, pensar em desoneração tributária sem pensar em diminuição de despesas públicas é utópico e ilusório.

Ao implementar uma reforma tributária constitucional devem-se levar em consideração os limites constitucionais centrados nos princípios constitucionais. Esses constituem-se a estrutura de todo o sistema jurídico. De um lado têm-se os princípios de garantia dos contribuintes e, de outro, os princípios que consagram o modelo jurídico da organização do Estado brasileiro, que é o da República Federativa.

Assim, tanto os princípios de garantia dos contribuintes como aquele que consagra a forma federativa constituem “cláusulas pétreas” e, dessa forma, não podem ser violados por Emenda Constitucional.

É inerente ao sistema federativo que os entes federados (união federal, estados, distrito federal e municípios) tenham autonomia política e administrativa, já que autonomia política e autonomia administrativa dependem da autonomia financeira. Por sua vez, a autonomia financeira depende de uma discriminação de rendas que garanta poder político no exercício de competência tributária e na partilha pelo produtor de arrecadação.

A rigidez da discriminação de rendas adotado pelo sistema constitucional, tanto em relação às competências, como em relação à partilha de receitas, por si só, não impede uma readequação do sistema constitucional tributário.

A vedação constitucional implícita no princípio que consagra o sistema federativo diz respeito à perda do poder político e à perda de receita, que de forma alguma poderão ser restringidos por Emenda Constitucional.

A reforma tributária em andamento, tendo como ponto central a reformulação do ICMS, garante aos estados o poder político ao manter o poder de legislar, mesmo que supletivamente, em relação ao novo, à participação na receita.

O mesmo não se pode dizer dos municípios, pois não há uma garantia de que elas não perderão poder político em decorrência da modificação do sistema de repartição de receitas. Portanto, para que os municípios não sejam prejudica-

dos, deve ser previsto um sistema de compensação da perda de receita em vista das inúmeras contribuições instituídas pela União Federal, cujos resultados não são repartidos aos municípios. Assim, se não houve um previsão clara de que não haverá perda de arrecadação de tributos sujeitos à partilha de receitas, os municípios serão os grandes lesados pela reforma tributária em andamento, sendo evidente a violação do pacto federativo.

Junto com os municípios, os contribuintes também estarão sendo lesados, por terem de suportar um novo tributo, sem previsão da desoneração por conta de extinção ou da redução de tributos, estarão sendo violados em relação às garantias constitucionais de proteção ao contribuinte, o que, de forma alguma, poderia ser por Emenda Constitucional.

## REFERÊNCIAS

- AMARO, L. As Cláusulas Pétreas e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 21. São Paulo: Oliveira Rocha, 1997.
- ATALIBA, G. Sistema Constitucional Tributário. **Conferência sobre Temas Tributários**. (Coord.) Geraldo Ataliba. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BALTHAZAR, U. C. Apresentação. In: **Reforma Tributária & Mercosul**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BASTOS, C. R. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**, 3. ed., 3. tir., São Paulo: Saraiva, 1995.
- BERBEL, N. A. N. Metodologia da Problematização: Uma alternativa metodológica apropriada para o ensino superior. In: **Metodologia da Problematização Experiências com Questões de Ensino Superior** (Coord.) Neusi Aparecida Navas Berbel. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 1998.
- BORGES, J. S. M. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Financeiro**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1998.
- CARVALHO, P. de B. **Curso de Direito Tributário**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAMPOS, D. de. **Direito Financeiro e Orçamentário**. São Paulo: Atlas, 1995.
- CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.



DERZI, M. A. M. A Necessidade da Instituição do IVA no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. In: **Reforma Tributária e Mercosul**. (Coord.) Ubaldo Cesar Balthazar. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DÓRIA, A. R. S. **Discriminação de Rendas Tributárias**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

DEODATO, A. Manual de Ciências das Finanças. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MACHADO, H. de B. Curso de Direito Tributário. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MARTINS, I. G. da S. Debate sobre Reforma Tributária. **Folha de São Paulo**, 09.10.99. Cad. Brasil 1-11.

MÉLEGA, L. H. C. **O Federalismo e as Normas Centrais da Constituição de 1988**. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência. n. 18-98. Cad. 1. 1988.

MELLO, C. A. B. de. Elementos de Direito Administrativo. 1. ed., 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

NOGUEIRA, R. B. Curso de Direito Tributário. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.



## ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DOS CONTRATOS

*Luciana Mendes Pereira Roberto\**

### RESUMO

É feito um estudo da classificação dos contratos diante da vigência do Código Civil de 2002, bem como das mudanças sociais que ocorrem desde o início do século XX. São apresentadas as mais diversas formas de classificação contratual, dificilmente encontradas, em sua totalidade, nas obras tradicionais sobre o tema. Busca utilizar dinâmica e didática para o aproveitamento do material pelos alunos de graduação.

**Palavras-Chave:** Classificação; Contratos; Direito Romano; Unilaterais; Bilaterais; Plurilaterais; Gratuitos; Onerosos; Comutativos; Aleatórios; Paritários; Contratos de Adesão; Nominados; Inominados; Típicos; Atípicos; Mistos; Coligados.

### ABSTRACT

A contract classification study is made concerning the Civil Code 2002 legality, as will the social changes that occurred since the beginning of the 20 th Century. The most different ways of contract classification are presented, barely found, on its totally, on traditional books about the subject. It seeks to use dynamics and didactics in order that undergraduate students, especially, make use of the material.

**Key-Words:** Classification; Contracts; Roman Law; Unilateral; Bilateral; Plurilateral; Free; Expensive; Commutate; Random; Equaly; Adhesion Contracts; Nominates; Non nominate; Typical; Atypical; Mixed; Linked.

---

Professora no Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL e no Curso de Direito na Universidade Estadual de Londrina – UEL e Mestre em Direito Negocial - Direito Civil e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

*email:* lumendes@uel.br.

**SUMÁRIO:** 1 Nota Introdutória. 2 Classificação no Direito Romano. 3 Classificação dos Negócios Jurídicos. 4 Contratos Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais. 4.1 Importância da classificação. 5 Contratos Gratuitos e Contratos Onerosos. 5.1 Importância da classificação. 6 Contratos Comutativos e Contratos Aleatórios. 7 Contratos Paritários e Contratos de Adesão. 8 Contratos Nominados e Inominados; Contratos Típicos e Atípicos; Contratos Mistos e Coligados. Considerações Finais. Referências.

## 1 Nota Introdutória

Classificar contratos significa colocá-los em grupos, de acordo com suas semelhanças. A finalidade é acentuar compatibilidades e procurar as incompatibilidades, para, assim, agrupar os contratos ou afastá-los.

O importante é que as espécies, classificadas numa categoria contratual, mais se afastem do que se aproximem das espécies classificadas em outra. Além do que, a partir do momento que um contrato é classificado numa categoria, ele não poderá se encaixar em categoria oposta. Por exemplo: ou o contrato é unilateral ou é bilateral; ou é gratuito ou é oneroso.

A utilidade da classificação dos contratos tem grande importância teórica, mas não é só. Venosa<sup>1</sup> fala da questão “propedêutica” e do “pré-requisito” do exame de qualquer contrato. Isso quer dizer que é importante que se saiba a classificação de um contrato, ao analisá-lo, para poder atingir sua natureza jurídica, seus efeitos e conseqüências.

A importância da classificação contratual pode ser comparada à importância do diagnóstico médico, ou seja, somente após a verificação de diversos sintomas é que o médico poderá diagnosticar. Da mesma forma, após classificar um contrato, o jurista saberá qual sua natureza jurídica, seus efeitos e as disposições legais aplicáveis. Ensina Venosa: “Na classificação dos contratos, buscamos, destarte, agrupar as várias espécies com características comuns [...] a finalidade é facilitar o seu exame, quer na elaboração do contrato, quer na avaliação de suas conseqüências.”<sup>2</sup>.

Dessa forma, este estudo traz uma síntese da classificação dos contratos na atualidade, decorrente da vigência do Código Civil de 2002 e das mudanças sociais ocorridas desde o início do século XX.

1 VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 389.

2 VENOSA, S. de S. Op. Cit., p.390.



## 2 Classificação No Direito Romano

O contrato encontra sua raiz no Direito Romano<sup>3</sup> clássico. Há entendimento de que o contrato àquela época designava uma situação objetiva, representada pela relação de duas pessoas originada por um ato lícito e reconhecida pelo Direito, como é exemplo a *conventio*: acordo de partes com base em contrato.

O formalismo e a tipicidade também eram elementos marcantes dos contratos no Direito Romano, pois prescindiam de certos rituais e deveriam se encaixar em número determinado de figuras contratuais, para que tivessem proteção jurídica. Assim, os romanos foram os precursores da classificação contratual, obedecendo à formalidade e à tipicidade previstas; e os classificavam em quatro diferentes categorias: 1) *consensus* (simples acordo das partes), 2) *re* (entrega da coisa), 3) *verbis* (palavras solenes pronunciadas pelas partes) e 4) *litteris* (obrigações por escrito, como os livros de contas)<sup>4</sup>.

Os contratos inominados não eram protegidos pelo Direito, a princípio. Mas, com a expansão do mercantilismo, restou impossível não admiti-los. Dessa forma, os contratos inominados passaram a exercer grande influência e importância no mundo moderno, com a devida proteção jurídica, especialmente baseada na boa-fé dos contratantes.

## 3 Classificação dos Negócios Jurídicos

Espécie que é o contrato, de negócio jurídico, importa traçar a classificação deste último, para, posteriormente, classificar o contrato.

Os negócios jurídicos são classificados de acordo com vários critérios: o número de partes componentes; as vantagens para as partes; a forma a observar; o tempo em que produzem os efeitos; a causa da atribuição patrimonial; a modificação que produzem no conteúdo dos direitos; e o modo de obtenção de resultado<sup>5</sup>.

Com relação ao “número de partes” componentes, os negócios jurídicos podem ser:

- a) unilaterais (formam-se com uma só declaração de vontade: testamento);
- b) bilaterais (manifestação de duas partes: contratos) e
- c) plurilaterais (várias manifestações de vontade: acordos).

3 Entenda-se por Direito Romano o complexo de normas jurídicas que vigorou em Roma e nos países dominados pelos romanos desde 754 a.C. a 565 d.C. (nota da autora).

4 CORDEIRO, A. M. **Direito das Obrigações**. v.1. (Reimpressão), p. 409.

5 AMARAL, F. **Direito Civil – Introdução**, p. 59.

Quanto às “vantagens para as partes”, o que pressupõe negócio jurídico bilateral, esses podem ser:

- a) onerosos (geram vantagens e sacrifícios para as duas partes: compra e venda) e
- b) gratuitos (uma das partes concede à outra vantagens, sem a respectiva contraprestação: doação). Os onerosos dividem-se, ainda, em:
  - comutativos (as partes têm ciência de seus direitos e deveres);
  - aleatórios (a prestação de uma ou de ambas as partes não é certa: jogo e aposta).

No que pertine à “forma” a ser observada, os negócios jurídicos poderão ser classificados em:

- a) solenes (forma prescrita em lei: escritura pública de compra e venda de imóvel acima de 30 salários mínimos) e
- b) não-solenes (realizam-se independentemente de solenidade).

Quanto ao *tempo* para realização de seus efeitos, os negócios jurídicos são “inter vivos” (produzidos em vida das partes) e “causa *mortis*” (produzem-se após a morte, que é pressuposto de eficácia).

A “causa” de atribuição patrimonial oferece a classificação dos negócios jurídicos em: “causais” (existe causa da atribuição patrimonial) e “abstratos” (não há causa para a atribuição patrimonial, ou a causa não é relevante para o Direito: título de crédito).

Pertinente à “modificação que produzam no conteúdo dos direitos”, são os negócios jurídicos classificados em:

- a) dispositivos (poder de alienar, modificar ou extinguir direitos: remissão de dívida);
- b) obrigacionais (criar obrigações: contratos) ou
- c) administrativos (poder de gestão patrimonial limitada: administração de bens do curatelado, pelo curador).

Os negócios jurídicos podem ser classificados, por fim, em:

- a) diretos (tem por objetivo a obtenção imediata do resultado),
- b) indiretos (utiliza-se um procedimento oblíquo para alcançar o resultado) e
- c) fiduciários (alguém transfere um direito a outrem, que se obriga a devolver esse direito ao patrimônio do transferente ou destiná-lo a outro fim: alienação fiduciária em garantia).

#### 4 Contratos Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais

A classificação dos contratos em unilaterais, bilaterais e plurilaterais é considerada a mais importante, pois mais rica em conseqüências jurídicas. Por exemplo: as disposições da exceção do contrato não cumprido somente são aplicáveis aos contratos bilaterais (Arts. 476<sup>6</sup> e 477<sup>7</sup> do Código Civil). Esclarecimento de relevante importância, pois diferente da classificação do negócio jurídico, trata-se do fato de que um contrato não será unilateral ou bilateral, tendo em vista o número de pessoas que contratam, mas sim a “carga de obrigações” de cada uma das partes contratantes.

Esclarece Díez-Picazo: “Quando se fala de unilateralidade ou de bilateralidade com referência aos contratos não se alude ao número de partes, mas ao número de obrigações que o contrato cria e a estrutura destas obrigações”<sup>8</sup>. (tradução livre da autora).

Assim, o contrato unilateral é aquele cujas prestações ficam a cargo de apenas uma das partes, como ocorre na doação pura. No momento da formação do contrato, será gerada obrigação para apenas uma das partes contratantes.

---

6 Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

7 Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

8 DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 140.

*Quando se habla de unilateralidad o de bilateralidad com referencia a los contratos no se alude al número de partes, sino al número de obligaciones que el contrato crea y a la estructura de estas obligaciones.*

O contrato bilateral é o que cria obrigações recíprocas a cargo de ambas as partes, como ocorre na compra e venda, em que existe a obrigação do vendedor de entregar a coisa e a obrigação do comprador de pagar o preço.

Costa ensina que: “[...] É freqüente preferir-se, à terminologia tradicional de contratos unilaterais e bilaterais, uma outra mais técnica, respectivamente, de ‘contratos não sinalagmáticos’ e ‘sinalagmáticos’. Todavia, não basta essa idéia sucinta [...]”<sup>9</sup>. E, assim, o referido autor explica que é necessário ressaltar que nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, as obrigações das partes se encontram numa relação de correspectividade e interdependência, formando um nexa (sinalagma), ou seja, a obrigação de cada uma das partes constitui a razão de ser da outra.

O sinalagma é considerado genético, se o nexa surgir no momento da formação do contrato; e sinalagma funcional se a reciprocidade das prestações se manifesta e revela no decorrer da execução contratual, quando a execução por uma das partes encontra-se condicionada à execução pela outra (locação, contrato de trabalho). A qualificação ou classificação de um contrato como bilateral não implica que todas as obrigações dele decorrentes sejam sinalagmáticas<sup>10</sup>, pois o sinalagma concerne mais propriamente às obrigações com essa característica de reciprocidade do que aos contratos de onde derivam.

Como um gênero intermediário, existem os contratos bilaterais imperfeitos (*ex postfacto*), que são aqueles em que as obrigações derivadas do contrato recaem sobre um das partes, mas no momento de sua liquidação podem impor obrigações a cargo da outra, como ocorre no comodato (contrato unilateral), se, no momento da restituição da coisa emprestada, surjam obrigações a cargo do comodante, como os gastos feitos para a conservação da coisa.

Ocorre que os críticos de referida classificação afirmam que a distinção entre contratos unilaterais e contratos bilaterais deve centrar o momento do aperfeiçoamento do contrato e não qualquer momento posterior, ou seja, a natureza do contrato deve ser examinada no momento de sua formação<sup>11</sup>.

9 COSTA, M. J. de A. **Direito das Obrigações**, p. 298.

10 Id. *Ibid.*, p. 299.

Exemplo: Num contrato de locação, o vínculo recíproco compreende tão-só a obrigação de uma das partes de proporcionar o gozo pacífico da coisa e a da outra de satisfazer a renda correspondente; mas não envolve obrigações como a de entrega da coisa locada ou a de indenização de eventuais benfeitorias.

11 SAMPAIO, R. M. de C. **Direito Civil**: Contratos, p. 37.

Outra forma de classificação, quanto à carga de obrigação das partes, são os “contratos plurilaterais”, categoria que contempla os contratos de conteúdo associativo e se caracteriza pela pluralidade de sujeitos, buscando um fim comum para todos eles. A consequência mais importante é a possibilidade de limitar a nulidade ou a ineficácia, que pode ser limitada ao vínculo dos demandados, sem se estender aos demais participantes da relação contratual. São exemplos a constituição de sociedade e o consórcio para aquisição de bens.

#### 4.1 Importância da Classificação

O legislador preocupou-se em estabelecer regras específicas aos contratos bilaterais, que não atingem os unilaterais, como dispõem os Arts. 472<sup>12</sup>.

Assim também, no mesmo sentido os Arts. 473<sup>13</sup>, 474<sup>14</sup>, 475<sup>15</sup>, 476, 477, 478<sup>16</sup>, 479<sup>17</sup>, 480<sup>18</sup>, entre outros. Daí a importância em se saber se determinado contrato é unilateral ou bilateral, de acordo com a carga obrigacional das partes, para considerar a possibilidade de aplicação dos dispositivos acima citados ou não.

Dessa forma, aos contratos bilaterais aplica-se o disposto quanto ao distrato e à cláusula resolutiva. O contrato poderá ser rescindido unilateralmente ou por ambas as partes, mas a parte que não deu causa ao descumprimento pode pedir o desfazimento judicial do contrato (cláusula resolutiva implícita ou tácita).

---

12 Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida pelo contrato.

13 Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

14 Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpretação judicial.

15 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

16 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

17 Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

18 Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Além disso, aos contratos bilaterais aplicam-se também as regras da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus*), dos Arts. 476 e 477 do Código Civil, que têm por fundamento a dependência recíproca das obrigações geradas pelos contratos (sinalagma). Dessa maneira, um contratante não pode exigir o cumprimento da obrigação contraída pelo outro, sem antes ter cumprido a sua, se as partes não dispuserem a qual contratante cabe a prestação inicial (Art. 476 CC).

Pode ocorrer, ainda, nos contratos de obrigações sucessivas, que a parte que deve cumprir a obrigação inicial, se recuse a fazê-lo até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante para tal; isso se, após concluído o contrato, sobrevier ao contratante diminuição em seu patrimônio que torne duvidosa a prestação pela qual se obrigou. (Art. 477 CC). São casos de exceção (defesa) do contrato não cumprido, na forma total e parcial. Na primeira incumbe a prova ao contratante que não cumpriu a obrigação (Art. 476 CC); na segunda o ônus da prova recai na pessoa que invoca a exceção, pois é presumido regular o pagamento aceito (Art. 477 CC).

A exceção do contrato não cumprido pode ser renunciada por uma ou ambas as partes, e não poderá ser argüida. Mas, esses casos são cuidadosamente analisados pelo julgador, posto que pode haver situações de abuso e má-fé, além da proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Deve ser, portanto, evitada a renúncia.

Se o contrato contiver a cláusula *solve et repete* (na qual o contratante cumpre sua obrigação mesmo diante do descumprimento da do outro), a exceção do contrato não cumprido também não poderá ser invocada. Porém, diante dos novos princípios formadores do Direito Contratual, tal cláusula encontra-se em quase absoluto desuso, a não ser que o contrato seja plenamente paritário, com o conteúdo livremente discutido pelas partes e que não alcance os direitos do consumidor.

Outras conseqüências dos contratos bilaterais são as arras, a evicção e os vícios redibitórios, que, em enxutas palavras, correspondem as primeiras, na quantia em dinheiro ou outro bem móvel dada por um dos contratantes ao outro, para concluir o contrato ou assegurar o pontual cumprimento da obrigação. Podem ser confirmatórias (Art. 417<sup>19</sup> CC) ou penitenciais (Art. 420<sup>20</sup> CC).

---

19 Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

20 Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

O instituto jurídico da evicção (Arts. 447 a 457 CC) é decorrente da obrigação do alienante em transferir ao adquirente “um bom direito”, devendo garantir-lhe o uso e gozo da coisa. Trata-se de garantia que recai sobre o alienante, se houver a perda da coisa alienada, por força de decisão judicial, baseada em causa anterior ao contrato.

Os vícios redibitórios (Arts. 441 a 445 CC) são os defeitos ocultos na coisa alienada que a tornam imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuem o valor, inviabilizando o negócio. São passíveis de ações edilícias: ação redibitória e ação *quanti minoris*, que objetivam a rejeição da coisa pelo adquirente ou a diminuição do valor da prestação.

Existem outras características ligadas aos contratos classificados como bilaterais ou sinalagmáticos, tais como a excessiva onerosidade prevista nos Art. 317, 478, 479 e 480 do CC, a cessão do contrato, a lesão (Art. 157), a estipulação em favor de terceiro, entre outras.

## 5 Contratos Gratuitos e Contratos Onerosos

Uma outra espécie de classificação contratual é a que distingue os contratos gratuitos dos contratos onerosos. Costa ensina: “Os contratos são ‘gratuitos’, a ‘título gratuito’ ou ‘lucrativo’ e ‘onerosos’ ou a ‘título oneroso’, consoante origem, de acordo com a intenção das partes, vantagens para uma só delas ou para as duas”<sup>21</sup>.

Assim, o contrato é gratuito ou benéfico quando encerra liberalidade, importando em redução de patrimônio de uma dos contraentes em benefício do outro, como a doação pura. Gomes aduz: “É gratuito o contrato em que, segundo a intenção comum dos contratantes, um deles proporciona uma vantagem patrimonial ao outro, sem respectivo ou equivalente: doação, mandato, depósito, mútuo ou fiança”<sup>22</sup>.

A vantagem referida, porém, trata-se de vantagem patrimonial, e não apenas pessoal. É vantagem patrimonial, conforme Andrade, *ipsis litteris*:

---

21 COSTA, M. J. de A. Op. cit., p. 305.

22 GOMES, L. R. de F. **Contrato**, p. 62.

[...] actos mediante os quais uma pessoa (atribuinte) aumenta o património de outra (atribuído) à sua custa - enriquecendo-a portanto com sacrifício próprio -, qualquer que seja a forma por que este resultado se produz: transmissão dum direito de natureza patrimonial (direito de crédito [...]); constituição dum direito novo a favor do atribuído com redução ou compressão dum direito do atribuinte [...]. Trata-se pois [...] de uma pessoa proporcionar a outra com sacrifício próprio - [...] - uma vantagem patrimonial<sup>23</sup>.

No contrato oneroso, as partes transferem direitos uma à outra mediante determinada compensação, como na compra e venda, na locação. Nesse caso, a atribuição patrimonial efetuada por uma dos contraentes tem como correspondente, compensação ou equivalente a atribuição do outro.

Cordeiro afirma que “[...] um contrato é oneroso quando ambas as partes suportam esforços econômicos, em ‘simultâneo’ com vantagens correlativas”<sup>24</sup>.

Por meio da autonomia da vontade, as partes têm a liberdade de atribuir onerosidade a um contrato originalmente gratuito, como é o caso do “mútuo feneratício”, ou seja, com cobrança de juros por parte do mutuante. Nesse caso, a vantagem do mutuário é compensada com o ônus de pagar os juros. Dessa forma, o contrato de mútuo, originalmente gratuito, torna-se, pela vontade das partes, oneroso.

Sob esse aspecto, importa ressaltar que os contratos bilaterais serão onerosos<sup>25</sup>, relação não necessariamente presente entre os unilaterais e gratuitos, pois o “mútuo feneratício”, acima descrito, continua sendo um contrato unilateral, porém, oneroso. Explica Azevedo:

Assim, só o mutuário tem a obrigação de restituir ao mutuante (emprestador) o dinheiro emprestado e os respectivos juros; daí continuar o contrato na classe dos unilaterais, mas, pagando os aludidos juros, terá, também, essa desvantagem, que se compensa com a do mutuante, que fica por algum tempo sem seu capital<sup>26</sup>.

23 ANDRADE, M. A. R. de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, p. 67-68.

24 CORDEIRO, A. M., Op. cit. p. 423-424.

25 Não menos discutida se mostra a tese de que nem todos os contratos bilaterais são onerosos. Todavia, parecem concebíveis contratos sinalagmáticos e, pelo menos, parcialmente gratuitos. Assim pode acontecer na doação modal ou com encargos: apresenta-se como contrato bilateral, porque cria obrigações para os dois contraentes, embora redunde num contrato a título gratuito enquanto o sacrifício suportado pelo donatário fica aquém da atribuição patrimonial que o doador lhe faz. COSTA, M. J. de A. Op. cit. p. 307.

26 AZEVEDO, Á. V. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**, p. 65.



Costa trata também dos “contratos parciários”, como subespécie dos onerosos, que se verificam quando um dos contraentes efetua determinada prestação, adquirindo o direito de participar nos proventos que o outro contraente obtenha por virtude daquela, como ocorre na parceria pecuária, nas sociedades e no contrato estimatório ou de consignação<sup>27</sup>.

### 5.1 Importância da Classificação

O interesse da distinção entre contratos onerosos e gratuitos destaca-se em alguns aspectos relevantes, como a interpretação restritiva dos contratos benéficos ou gratuitos (Art. 114<sup>28</sup> CC); a responsabilidade do devedor pelo ilícito, nos contratos gratuitos, deverá ser apreciada com benignidade (Art. 392<sup>29</sup> CC); o contrato gratuito poderá ser anulado pela “ação pauliana” independentemente de má-fé (Art. 158<sup>30</sup> CC), mas, para a anulação do contrato oneroso, deve haver a insolvência do devedor e o seu conhecimento pela outra parte (Art. 159<sup>31</sup> CC).

Além disso, nas doações puras, o doador não responderá pela evicção ou vícios redibitórios (Art. 552, 441 e 447 do CC); e o erro sobre a pessoa será mais grave no contrato benéfico do que no oneroso, salvo nas prestações de serviços materiais e encomendas de obras artísticas<sup>32</sup>.

O Código Civil português cita ainda mais exemplos, tais como: a alienação de bens comuns pelo cônjuge administrador; e a irrevogabilidade dos pactos sucessórios contidos em convenções antenupciais.

## 6 Contratos Comutativos e Contratos Aleatórios

O contrato comutativo é o contrato bilateral e oneroso, no qual cada contraente, além de receber do outro prestação relativamente equivalente à sua, pode verificar, de imediato, essa equivalência.

Explica Gomes que:

27 COSTA, M. J. de A., Op. cit., p. 308.

28 Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

29 Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

30 Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

31 Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

32 DINIZ, M. H. **Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**, p. 83.

Nos ‘contratos comutativos’ pode não haver ‘equivalência objetiva’ das prestações, exigível, tão-só, nos que podem ser rescindidos por ‘lesão’. **Basta ‘equivalência subjetiva’.** Cada qual é juiz de suas conveniências e interesses<sup>33</sup> (grifo da autora).

No contrato de compra e venda, cada parte tem ciência de seus direitos e deveres: o vendedor sabe que tem o direito de receber o preço, mas que deve entregar a coisa; o comprador sabe que tem o direito de receber a coisa, mas que deve pagar o preço.

O contrato aleatório, por sua vez, é aquele baseado na sorte, na álea. Assim, uma ou ambas as partes, no momento da contratação não sabe qual será o seu montante da prestação, pois esta depende de um risco futuro e incerto. É o caso dos contratos de seguro, do jogo e aposta.

A aleatoriedade pode ser da natureza do contrato, como ocorre no seguro, em que o segurado paga o prêmio, mas poderá receber ou não a indenização, na dependência da ocorrência de um sinistro, e também no jogo e aposta (rifa, bilhete de loteria).

Pode ser, também, proveniente da vontade das partes, como é o caso das disposições dos Art. 458<sup>34</sup>, 459<sup>35</sup> e 460<sup>36</sup>, que tratam da existência da coisa (ex: a rede do pescador), da quantidade da coisa (ex: colheita), ou da exposição da coisa a risco (ex: carro em zona de guerra).

Fato importante, no que pertine aos contratos aleatórios, é que, em ambas as partes, a incerteza do evento deve ser dos dois contraentes. É o que ensina Diniz:

---

33 GOMES, O. **Contratos**, p. 74.

34 Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

35 Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido.

36 Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato.

Esse risco de perder ou de ganhar pode sujeitar um ou ambos os contraentes; porém, a incerteza do evento terá de ser dos dois, sob pena de não subsistir a obrigação, uma vez que tal lucro ou perda está na dependência do acontecimento incerto para ambos os contratantes [...] Se a álea ficar a cargo exclusivo de um dos contraentes, nulo será o negócio, pois é inadmissível a celebração desse contrato por uma das partes na certeza de ganhar<sup>37</sup>.

Os contratos aleatórios, assim como os comutativos, também são bilaterais e onerosos, diferindo quanto à incerteza da prestação de uma ou ambas as partes; a aplicabilidade dos vícios redibitórios e da lesão apenas para os contratos comutativos.

Outro aspecto importante é que o contrato aleatório deve ser expresso, ou seja, o risco não pode ser presumido, deve ser expressamente assumido pelo contratante.

O contrato condicional não se confunde com o aleatório, pois no primeiro a condição é aposta pela partes como seu elemento accidental, suspensivo ou resolutivo; e nos aleatórios e incerteza é elemento estrutural.

## 7 Contratos Paritários e Contratos Por Adesão

Essa classificação é atualmente uma das mais importantes, tendo em vista a massificação do consumo na sociedade de hoje. O homem consome e contrata de forma constante, diferentemente do que ocorria em tempos passados.

Essa nova realidade é decorrente de todo o processo desencadeado no período pós Revolução Industrial, com a contribuição da Revolução Francesa, ou seja, houve um aumento significativo dos bens de consumo, e também da liberdade de contratar, de adquirir bens, sejam móveis ou imóveis, com a devida proteção a essa propriedade. Para tanto, o homem precisou desenvolver formas mais fáceis e simples de contratação, para garantir agilidade e proporcionar contratos que não prescindissem da fase de negociações preliminares.

Dessa forma, denomina-se “contrato paritário, ou por negociação”, aquele no qual as partes debatem e discutem, ou se encontram em posição de debater e discutir, o conteúdo do contrato pactuado. Ainda é regra geral no direito, que as partes devam discutir as cláusulas contratuais.

---

37 DINIZ, M. H. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, p. 102.

Ao revés, há os “contratos de adesão ou por adesão”, que são aqueles em que existe uma redação pronta e unilateral do contrato, elaborada por uma das partes (formulários, modelos, impressos), cabendo à outra parte apenas declarar sua aceitação ou recusa.

Nesses contratos de adesão, resta excluída a liberdade de convenção, posto que um contratante se limita a aceitar ou não as cláusulas previamente redigidas pelo outro, como ocorre nos contratos de seguro, de transporte, de financiamento bancário, de consórcio, de diversões públicas, de fornecimento de água, entre outros.

O Código Civil cuida dos contratos de adesão nos Arts. 423<sup>38</sup> e 424<sup>39</sup> do CC, proporcionando maior proteção à parte que adere às cláusulas pré-dispostas (aderente), em comunhão com o Código de Defesa do Consumidor (Arts. 47 e 51), seja na interpretação favorável das condições do contato ao aderente ou na proteção de seus direitos.

Devido ao seu formato de adesão, referido contrato pode parecer prescindir da manifestação bilateral da vontade, sendo que apenas um contratante é que impõe as condições contratuais. Porém, é pacífico que esse entendimento não tem razão de ser, e assim explica Azevedo: “[...] tal argumento não procede, dado que o contratante, que adere, está também manifestando, expressa ou tacitamente, seu consentimento às cláusulas e às condições preestabelecidas”<sup>40</sup>.

Referido autor atenta para a importância da distinção entre “contrato de adesão” e “contrato por adesão”<sup>41</sup>. Citando Claudineu de Melo: “[...] No primeiro, uma das partes adere compulsoriamente às disposições nele contidas, independente de sua vontade; e, no segundo, a parte adere às suas disposições conforme sua conveniência e interesse”<sup>42</sup>.

Dessa forma, contrato de adesão e contrato por adesão são semelhantes quanto à característica da aderência, mas se diferenciam na liberdade, no consentir, pois no primeiro há o monopólio de uma das partes, considerando que há uma supressão parcial da autonomia da vontade, e no segundo o contratante consente ou não.

38 Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (No mesmo sentido: Art. 47 CDC).

39 Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (No mesmo sentido: Art. 51 CDC).

40 AZEVEDO, Á. V. Op. cit., p. 69.

41 Id. Abid., p. 70.

42 MELO, C. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 62-63.

Diferente do contrato de adesão, mas descuidadamente às vezes com ele confundido, são as *cláusulas gerais dos contratos*. Explica Venosa:

A necessidade de criar situações negociais homogêneas e numerosas predispõe, portanto, um ‘esquema contratual’, isto é, um complexo uniforme de cláusulas. Esse contrato ‘standard’, por mimetismo e pela lei do mínimo esforço, atinge também relações ‘a priori’ essencialmente paritárias<sup>43</sup>.

Trata-se de um “esquema”, de cláusulas padronizadas em alguns contratos, como no de locação, para facilitar a agilizar o processo contratual, mas que não retira o caráter da paridade entre os contratantes.

## **8 Contratos Nominados e Inominados. Contratos Típicos e Atípicos. Contratos Mistos e Coligados**

Muitas são as obras que, ainda hoje, insistem em traçar uma sinonímia entre contratos nominados/típicos e inominados/atípicos. Para tanto, importa esclarecer porque não é correto assim afirmar.

Os contratos nominados são aqueles que possuem um *nomem juris*, uma denominação, um nome. Como, por exemplo: contrato de compra e venda; contrato de locação; contrato de *leasing*; contrato de comodato; entre tantos.

Contratos inominados não possuem nome, são relações contratuais estabelecidas pelas partes que não se adequa a nenhum contrato nominado, mas possuem proteção jurídica e segue as regras da Teoria Geral dos Contratos. É claro que passado certo tempo da contratação, as próprias partes passam a atribuir um nome para a relação contratual, como ocorreu, por exemplo, com o contrato de publicidade, de garagem, de excursão turística, de “buffet”.

No Direito Romano é que essa distinção tornou-se importante, posto que apenas os contratos nominados eram protegidos juridicamente. No Direito atual, não há distinção de tratamento ente contrato nominado ou inominado, pois ambos são regidos pelos princípios contratuais, especialmente o *pacta sunt servanda*.

A expressão contratos típicos designa os contratos esquematizados na lei, com denominação própria. A avença contratual está descrita e especificada na lei, como ocorre com os contratos dispostos no Código Civil<sup>44</sup> e em leis esparsas<sup>45</sup>.

43 VENOSA, S. de S. Op. cit., p. 383.

44 Compra e venda; troca; contrato estimatório; doação; locação de coisas; comodato; mútuo; prestação de serviços; empreitada; depósito; mandato; comissão; agência e distribuição; corretagem; transporte; seguro; constituição de renda; jogo e aposta; fiança. (Arts. 481 a 853 CC). (nota da autora).

45 Leasing; locação de imóveis; alienação fiduciária. (nota da autora).



4. contratos complementares (uma obrigação própria dum tipo contratual é acompanhada, acessoriamente, por obrigações oriundas de tipos diferentes: arrendamento com prestação de serviço)<sup>46</sup>.

Essas combinações, porém, não afastam outras, bem como podem se interpenetrar. Além disso, no que pertine aos contratos mistos, surge a problemática do regime jurídico a ser adotado, havendo a “doutrina da absorção, a teoria da extensão analógica ou da analogia, e a teoria da combinação”. Na primeira, o intérprete deve procurar a categoria de contrato típico mais próxima para aplicar seus princípios; na segunda, devem ser aplicados os princípios dos contratos que tenham certa semelhança; e na terceira, aplicam-se os princípios de cada contrato típico envolvido.

É, porém, consenso entre os doutrinadores que deve haver a ponderação das teorias acima apontadas de acordo com o caso concreto. Entende Cordeiro: “A ‘vontade das partes’ e os ‘ditames da boa-fé’ devem indicar a solução mais adequada, caso a caso”<sup>47</sup>.

Venosa encerra:

[...] devem ser examinados de acordo com a intenção das partes e os princípios gerais que regem os negócios jurídicos e os contratos em particular. Nem sempre a busca em princípios de outros contratos dará o sentido exato da intenção das partes [...]<sup>48</sup>.

“Contratos coligados ou união de contrato” ocorrem quando há uma interconexão entre dois ou mais tipos contratuais, sem prejuízo de sua individualidade. Essa união pode ser externa, interna ou alternativa.

A “união externa” acontece se dois ou mais contratos surjam como materialmente unidos, sem que entre eles se estabeleça qualquer nexo com relevância jurídica, por exemplo: um comodato de móveis dentro de uma locação de imóvel; o transporte interestadual de pessoas, em que há o contrato de transporte e o de seguro. O contrato mantém a autonomia peculiar. Na “união interna ou com interdependência”, uma avença pode depender da outra ou uma excluir a outra. Exemplo: a venda de um computador (máquina), com a cessão gratuita dos programas. Por último, a “união alternativa” ocorrerá sempre que a concretização de um contrato afaste a celebração de outro, uma avença exclui a outra. No exemplo acima: ou compro o computador, ou compro os programas.

46 CORDEIRO, A. M. Op. cit. v. 1. p. 425-426.

47 Id. Abid., p. 428.

48 VENOSA, S. de S., Op. cit. p. 411.



Dessa forma, na coligação contratual, não há perda da individualidade dos contratos, que permanecem autônomos, diferentemente do que ocorre nos contratos mistos, em que vários contratos se fundem num único.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até esse momento, pode-se observar a complexidade e importância do tema abordado. As diversas classificações dos contratos proporcionam uma facilidade no estudo e entendimento dos efeitos contratuais, posto que cada classificação de contrato remete a certas e determinadas consequências.

O presente estudo deverá ter seqüência para analisar outras classificações dos contratos, completando (tornando mais abrangente) as possibilidades de classificação, abordando: os Contratos Principais e os Contratos Acessórios; Contratos Pessoais e Contratos Impessoais; Contratos Instantâneos e Contratos de Execução Continuada; Contratos por Tempo Determinado e Contratos por Tempo Indeterminado; Contratos Consensuais e Contratos Reais; Contratos Obrigacionais e Contratos Reais; Contratos Formais, Não Formais, Solenes e Não Solenes; Contratos Individuais, Coletivos e Normativos; Contratos Causais e Contratos Abstratos; Contratos Cíveis e Contratos Mercantis; Contratos Preliminares e Contratos Definitivos; Subcontrato e Autocontrato; as Novas Manifestações Contratuais (Contrato-Tipo; Contrato Coativo; Contrato Dirigido ou Regulamentado) e, por fim, os contratos relativamente ao seu objeto.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, F. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, M. A. Rodrigues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. 7. ed. v. I-II, reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992.
- AZEVEDO, Á. V. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BORGES, N. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil - com referências ao Código de 1916 e ao novo Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CASTRO Y BRAVO, F. *El Negocio Jurídico*. Reimpressão. Madrid: Civitas, 1991.
- CORDEIRO, A. M. **Direito das Obrigações**. v. 1-2. Reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.





- COSTA, M. J. de A. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- DIEZ-PICAZO, L. **Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial**. 5. ed. v.1. Madrid: Civitas, 1996.
- DINIZ, M. H. **Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 18. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 4. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, L. R. de F. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, O. **Contratos**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil: Fontes das Obrigações**. 10. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PODESTÁ, F. H. **Direito das Obrigações: Teoria Geral e Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- RODRIGUES, S. **Direito Civil**. 20. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SAMPAIO, R. M. de C. **Direito Civil: Contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- VARELA, J. de M. A. **Direito das Obrigações**. v.1-2. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- VENOSA, S. de S. **Direito Civil: - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



## AS LACUNAS AXIOLÓGICAS

*Osmar Vieira da Silva\**

*Ou existe o ordenamento jurídico, e então não se pode falar de lacuna, ou há a chamada lacuna, e então não existe mais o ordenamento jurídico, e a lacuna não é mais tal, porque não representa uma deficiência do ordenamento, mas um seu limite natural.*

*O que está além dos limites das regras de um ordenamento não é uma lacuna do ordenamento, mas algo diferente do ordenamento, assim como a margem de um rio não é a falta do rio, mas simplesmente a separação entre o que é rio e o que não é.*

*Norberto Bobbio*

### RESUMO

O presente artigo tem como finalidade demonstrar que as lacunas jurídicas são uma questão sem saída, e que não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que deve ser entendido por lacuna, não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isso porque, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, pois partem de critérios e premissas diversas e se sustentam racionalmente.

**Palavras-Chave:** Norma; ordenamento; valores; lacuna.

---

Professor. Coordenador do Curso de Direito da UniFil. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Advogado. Doutorando em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.

## ABSTRACT

This article aims at demonstrating there is no way out for the legal gaps and no agreement upon them due to the multi-dimensional feature of the law which contains innumerable heterogeneous elements, what make it difficult to find out an unitary approach of the theme. Therefore, when the jurist thinks about what must be understood by gap, it seems he can neither take the doctrinal positions as a definitive one, nor adopt a position excluding the others, but use a very simple expedient: to expose the theme as a problematic issue. This means that to us all doctrines complete one another and do not exclude themselves, as they come from several criteria and premises and they rationally sustain one other.

**Key Words:** Rule. Ordinance. Values. Gap

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Histórico. 3 Conceito. 4 A completude do ordenamento jurídico. 5 O espaço jurídico vazio. 6 A norma geral exclusiva. 7 As lacunas técnicas. 8 As lacunas do legislador. 9 As lacunas axiológicas. 10 O poder discricionário do juiz. 11 Conclusão. Bibliografia.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, constata-se que a doutrina divide-se em duas principais correntes: a que afirma pura e simplesmente a inexistência de lacunas, sustentando que o sistema jurídico forma um todo orgânico sempre bastante para disciplinar todos os comportamentos humanos; e a que sustenta a existência de lacunas no sistema, que, por mais perfeito que seja, não pode prever todas as situações de fato, que constantemente se transformam, acompanhando o ritmo instável da vida.

O fenômeno da lacuna está correlacionado com o modo de conceber o sistema. Se se fala em sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo da experiência, o problema da existência das lacunas fica resolvido para alguns autores, dentre eles Kelsen, de forma negativa, porque há uma norma que diz que “tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido”, qualificando como permitido tudo aquilo que não é obrigatório, nem proibido. Essa norma genérica abarca tudo, de maneira que o sistema terá sempre uma resposta, daí o postulado da plenitude hermética do direito.

Ao contrário, se se conceber o sistema jurídico como aberto e incompleto, revelando o direito como uma realidade complexa, que contém várias dimensões, não só “normativa” como também “fática” e “axiológica”, aparecendo como um critério de avaliação, em que os fatos e as situações jurídicas devem ser entendi-

dos como um entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de que ambas se prendem uma a outra, tem-se um conjunto contínuo e ordenado que se abre numa desordem, numa descontinuidade, apresentando um vazio, uma lacuna, por não conter solução expressa para determinado caso.

No presente estudo, a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no Direito assume relevância em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte elemento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito, visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve, igualmente, como argumento desmistificador do próprio dogma do Direito, baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos dos arts. 4º da LICC e 126 do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é dinamicamente completável, através de uma auto-referência ao próprio sistema jurídico.

## 2 HISTÓRICO

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante e o é, em parte, até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.

Regredindo no tempo, esse dogma da completude nasce provavelmente da tradição românica medieval, dos tempos em que o Direito romano vai sendo, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, ao qual não há nada a acrescentar e do qual não há nada a retirar, pois que contém as regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar. A completa e fina técnica hermenêutica que se desenvolve entre os juristas comentadores do Direito romano, e depois entre os tratadistas, é especialmente uma técnica para a ilustração e o desenvolvimento interno do Direito romano, com base no pressuposto de que ele constitui um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve limitar-se a escavar para encontrar o veio escondido.

Nos tempos modernos, o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Portanto, admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.

Os seguidores da escola da exegese acreditavam que o Direito não tivesse lacunas e que o dever do intérprete fosse somente o de tornar explícito aquilo que já estava implícito na mente do legislador.

A escola do Direito livre, fundada por Ehrlich, afirmava que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída.

O positivismo jurídico, ligado à concepção estatal do Direito, entendia que admitir a livre pesquisa do Direito, conceder cidadania ao livre Direito (isto é, a um Direito criado de vez em quando pelo juiz) significava quebrar a barreira do princípio da legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos e à anarquia.

A completude não era um mito, mas uma exigência da justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a “certeza”.

### 3 CONCEITO

O conceito de lacuna é um conceito relacional: lacuna é uma inadequação em relação a alguma coisa. O conceito gênero é a inadequação normativa. As espécies decorrem do relacionamento do subsistema prescritivo com outros subsistemas<sup>1</sup>.

Em conseqüência disso, para Bobbio, as lacunas se verificam não na falta de normas disciplinadoras de condutas, mas na falta de critério de escolha entre a norma geral exclusiva, que permite tudo que não for normativamente disciplinado como proibido, e a norma geral inclusiva, que dispõe sobre as condutas não disciplinadas normativamente<sup>2</sup>.

Para Kelsen, o julgador só considera que há lacunas no ordenamento quando não o satisfaz a solução por este oferecida. Em termos mais precisos, as lacunas são vistas pelo pensamento kelseniano como uma *ficção*, a possibilitar a compatibilização dos pressupostos lógico-operacionais do direito com os postulados éticos de quem tem competência para o aplicar<sup>3</sup>.

1 FERRAZ JUNIOR. T. S. **Introdução ao estudo do direito**, p. 218.

2 COELHO. F. U. **Roteiro de lógica jurídica**, p. 69.

3 KELSEN. H. **Teoria pura do direito**, p. 341.

A expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema ou, como diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica.

O vocábulo “lacuna” foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar os possíveis casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução. Três são as espécies de lacunas:

1. normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso;
2. ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais (o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso tecnológico, etc.);
3. axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.

#### **4 A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna”, “completude” significa “falta de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento jurídico é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema<sup>4</sup>.

Para dar uma definição mais técnica de completude, é válido dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite.

De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.

---

4 BOBBIO. N. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 115.

O nexó entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertença ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos “incoerente” um sistema no qual existe tanto a norma que proíbe um certo comportamento, dir-se-á quanto àquela que o permite; “incompleto”, um sistema no qual não existe nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite.

Segundo Savigny, o conjunto das fontes de direito

[...] forma um todo, que está destinado à solução de todas as questões surgidas no campo do Direito. Para corresponder a tal finalidade, ele deve apresentar estas características: unidade e completude... O procedimento ordinário consiste em tirar do conjunto das fontes um sistema de direito... Falta a unidade, e então trata-se de remover uma contradição; falta a completude, e então trata-se de preencher uma lacuna.

Na realidade, porém, essas duas coisas podem reduzir-se a um único conceito fundamental. De fato, o que se estabelece é sempre a unidade: “a unidade negativa, com a eliminação das contradições; a unidade positiva, com o preenchimento das lacunas”.

Segundo Bobbio<sup>5</sup>, a norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com base numa norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, com uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema, em seu conjunto, não poderia funcionar. Num ordenamento em que o juiz está autorizado a julgar segundo a equidade, não tem nenhuma importância que o ordenamento seja preventivamente completo, porque é a cada momento completável.

O chamado postulado da plenitude hermética da ordem jurídica fracassa em seu empenho ao sustentar que todo sistema é uno, completo, independente e coerente. É importante assinalar, como o fizeram Alchourron y Boulygin, que há diferença entre o postulado da plenitude, de acordo com o qual todos os sistemas jurídicos são completos, e a exigência de que o sejam. O postulado, dizem eles, é uma mera ilusão que, não obstante, desempenha um papel ideológico definido no pensamento jurídico; a sua exigência responde a um ideal, puramente racional, independente de toda atitude política. A exigência da completude é um caso especial de um princípio mais geral, inerente a toda investigação científica como atividade racional<sup>6</sup>.

5 BOBBIO. Op. Cit., p. 118.

6 DINIZ. M. H. **As lacunas no direito**, p. 68.

## 5 O ESPAÇO JURÍDICO VAZIO

Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não há lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito.

Ou existe o ordenamento jurídico, e então não se pode falar de lacuna, ou há a chamada lacuna, e então não existe mais o ordenamento jurídico, e a lacuna não é mais tal, porque não representa uma deficiência do ordenamento, mas um seu limite natural. O que está além dos limites das regras de um ordenamento não é uma lacuna do ordenamento, mas algo diferente do ordenamento, assim como a margem de um rio não é a falta do rio, mas simplesmente a separação entre o que é rio e o que não é<sup>7</sup>.

Não há lacunas porque onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente de limites do ordenamento jurídico do que de lacunas.

Santi Romano, citado por Fabio Ulhoa<sup>8</sup>, por exemplo, distingue dois espaços jurídicos: o *pleno*, onde se encontram todas as condutas referidas pelas normas; e o *vazio*, que reúne as demais condutas. Ora, assim como o mar não é lacuna do continente, também o espaço jurídico vazio não pode ser considerado fator de incompletude do sistema jurídico.

Prossegue Bobbio, para afirmar que, do fato de algumas ações humanas não se encontrarem disciplinas especificamente por normas jurídicas, não se pode extrair a conclusão de que o direito seria lacunoso. Desse fato conclui-se, apenas, que existem ações irrelevantes para o direito. Dada, portanto, a conduta *p*, se ela se encontra no espaço jurídico pleno, será proibida, obrigatória ou permitida, segundo o disposto na norma; se ele encontra no espaço jurídico vazio, não desperta qualquer interesse para o direito.

## 6 A NORMA GERAL EXCLUSIVA

Outro raciocínio, para a inexistência de lacunas, afirma que uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que dessa regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo “exclui” daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite todos os outros comportamentos que não sejam fumar.

---

7 BOBBIO. Op. Cit., p. 130.

8 COELHO. **Roteiro**, p. 67.



Existem também as chamadas normas gerais inclusivas, aquelas previstas no Art. 5º da LICC, segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. Enquanto que norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não compreendidos na norma particular, mas os regula de maneira oposta, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de maneira idêntica.

Frente a uma lacuna, se se aplicar a norma geral exclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se se aplicar a norma geral inclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquele que está regulamentado.

É impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas fica mais claro o conceito de lacuna: a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva deva ser aplicada<sup>9</sup>.

Para Fabio Ulhoa Coelho<sup>10</sup>, as *lacunas* são definidas como ausência da lei para um caso concreto. Os elaboradores dos textos legais, com certeza, não podem antever todas as situações que a realidade irá oferecer e, por isso, surge a questão acerca de como resolver, juridicamente, os casos não previstos. O direito positivo, habitualmente, consagra a regra de analogia, apelo aos costumes ou aos princípios gerais, como a forma de decidir as pendências para as quais inexistia norma específica. No Brasil, esse parâmetro se encontra no Art. 4º da Lei de introdução ao Código Civil.

A possibilidade de lacunas no sistema compromete o seu caráter lógico, porque transgredir o princípio do terceiro excluído, segundo o qual, para um sistema ser tomado por lógico, ele deve conter o enunciado ou o seu contraditório. Especificamente, em relação ao sistema jurídico: dado o comportamento  $p$ , deve haver no sistema uma norma  $N$ , geral ou específica, que o sancione ou não o sancione. Para que o direito seja lógico e completo, portanto, é necessária a presença da norma  $V(p)$  ou da norma  $P(p)$  para “qualquer conduta” que se considere.

Dado algum ato humano, ele será ou sancionado pelo direito ou não-sancionado, estando definitivamente excluída a terceira alternativa. Em suma, a completude do direito depende da existência de uma norma-jurídica ou da norma contraditória, pertinente a qualquer ação ou omissão humana que se considere.

---

9 BOBBIO. Op. Cit., p. 137

10 Op. Cit., p. 65.

Existem duas maneiras básicas de se focar o problema das lacunas. De um lado, relacionando-se com o constante aperfeiçoamento do próprio direito. Essa idéia de progressividade leva a crer que, no futuro, quando os elaboradores normativos forem mais experientes, caprichosos e percucientes, as normas poderão ser melhor redigidas, de sorte a anteciparem todas as variáveis possíveis. Segundo essa primeira perspectiva, as lacunas caracterizam a etapa do artesanato normativo, que o progresso do direito deverá superar. A segunda maneira de se focar a questão das lacunas diz respeito às condições lógicas do sistema. Não se pressupõe o aperfeiçoamento da técnica legislativa, mas, ao contrário, a inafastável imprevisibilidade relativa das ações humanas (sempre haverá uma margem de casos não previstos especificamente pelas normas).

O operador do direito (juiz, advogado, promotor de justiça, etc.) costuma relacionar a negativa de lacunas com a afirmação de uma disciplina jurídica exaustiva, e a tese do direito lacunoso com a impossibilidade de uma ordem jurídica exaustiva. O senso comum jurídico, em outros termos, vincula a falta de lacunas com a criação de um ordenamento que contenha norma específica para cada situação juridicamente relevante e a presença de lacunas com a inexistência de normas específicas para todas as situações.

Curiosamente, o enfoque jusfilosófico que afirma a possibilidade de lacunas aponta para um direito exaustivamente disciplinador de todos os comportamentos: o que admite o direito com tal capacidade. Assim, os filósofos jurídicos, para os quais o direito poderá vir a ser exaustivo, admitem as lacunas, e os que rejeitam tal perspectiva as negam, invertendo as relações vislumbradas pelo senso comum dos operadores jurídicos.

Na filosofia do direito, a questão das lacunas não discute se o direito possui ou não uma norma com conteúdo específico, voltado a cada conduta humana, pois quanto a isso todos concordam na negativa. Rejeitar as lacunas não significa admitir a possibilidade desse conjunto abrangente e exaustivo de normas jurídicas. Muito pelo contrário, significa encontrar uma equação teórica pela qual o sistema jurídico possa se apresentar completo. Em outros termos, não se cuida de investigar a possibilidade de se contar com uma norma  $N$  pra cada ação  $p$ . Mas, isto sim, de poder qualificar juridicamente, como sancionada ou não-sancionada, qualquer ação  $p$ .

Zitelmann, citado por Ulhoa, nega as lacunas a partir da norma geral exclusiva. Quando o comportamento não se encontra *especificamente* referido por uma norma jurídica, ele é qualificado pela norma de âmbito geral do tipo “tudo que não é proibido, é permitido”, ou  $\sim V(p) @ P(p)$ . Ao decidir uma demanda judicial, o juiz irá aplicar ou a norma especialmente prevista pelo legislador para a hipótese ou a norma geral incorporada pelo sistema. Nesse sentido, qualquer comportamento  $p$  ou se encontra qualificado por uma norma  $N$  específica (e então, será proibido,

permitido ou obrigatório, segundo o prescrito nessa norma), ou se encontra qualificada pela norma geral exclusiva (e, então, será permitido *se* a norma geral permitir todos os comportamentos não proibidos).

Do ponto de vista lógico, portanto, se o ordenamento contém norma geral exclusiva, então não há a possibilidade de lacunas. No direito brasileiro de hoje, a norma geral exclusiva pode ser encontrada no princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Art. 5<sup>a</sup>, II, da Constituição Federal). Isto é, se inexistir lei proibindo ou obrigando certa conduta, ela é permitida.

Ora, o juiz brasileiro, ao julgar o comportamento de qualquer pessoa, deve pesquisar se existe lei proibindo ou obrigando esse comportamento. Se a encontrar, evidente não há que se falar em lacunas. E se não a encontrar, o comportamento deve ser considerado permitido, e, nesse caso, também não há que se falar em lacunas. Portanto, é completo o direito que contém uma norma geral exclusiva, pela qual todas as ações não disciplinas de modo específico são, não obstante, juridicamente qualificadas.

Fabio Ulhoa Coelho<sup>11</sup> questiona, se assim é, qual seria o sentido de um dispositivo legal referente à omissão nas próprias leis? Um dispositivo como Art. 4<sup>o</sup>, da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia e dos princípios gerais ou o socorro aos costumes? Como podem conviver esta regra de preenchimento de lacunas e a regra geral exclusiva?

Bobbio tem uma interessante resposta a tal indignação. Para ele a norma geral exclusiva não garante a completude do ordenamento jurídico, quando se prevê uma norma geral sobre o preenchimento das lacunas nesse mesmo ordenamento, a qual se reveste de natureza *inclusiva*. Isto é, ao dispor sobre os mecanismos de superação das lacunas, normas como as do Art. 4<sup>o</sup> da Lei de Introdução ao Código Civil passam a considerar, como disciplinado pela ordem jurídica, a conduta que se encontrava fora do âmbito de incidência dessa. Em outros termos, *inclui* no campo das condutas normatizadas aquela para a qual não existe nenhuma norma específica.

Em conseqüência disso, para Bobbio, as lacunas se verificam não na falta de normas disciplinadoras de condutas, mas na falta de critério de escolha entre a norma geral exclusiva, que permite tudo que não for normativamente disciplinado como proibido, e a norma geral inclusiva, que dispõe sobre as condutas não disciplinadas normativamente.

---

11 COELHO. **Roteiro**, p. 68.

O seu entendimento, assim, sugere que a questão das lacunas envolveria, em última análise, um problema de conflito entre duas normas: a geral exclusiva e a geral inclusiva. Portanto, lacunas não existiriam por carência, mas sim por *abundância* de normas sobre a mesma conduta. Curioso registrar que a questão das antinomias reais, no mesmo Bobbio, pode ser reduzida a um problema de lacunas, já decorrente da falta de critério para a solução de certos conflitos normativo. Por tais vias, há num círculo vicioso, em que antinomias são, na verdade, lacunas, e estas são, na verdade, antinomias. Tal circularidade é consequência do estreito vínculo existente entre o princípio lógico da não-contradição (ao qual se liga a questão das antinomias) e do terceiro excluído (relacionado com a das lacunas).

Kelsen já apresenta uma resposta diferente à indignação sobre a conveniência da norma geral exclusiva e o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Segundo ele, todas as normas jurídicas podem ser reduzidas às sancionadoras; quer dizer, têm sempre a estrutura lógica  $p \textcircled{R} q$ , sendo  $p$  a descrição da conduta humana que se pretende proibir, e  $q$ , a definição de uma sanção. A norma proibitiva “matar alguém – reclusão de seis a vinte anos” é referida por  $p \textcircled{R} q$ , sendo  $p$  a ação de matar alguém, e  $q$ , a pena de reclusão de seis a vinte anos. A norma obrigatória “quem deseja construir deve obter a respectiva licença da Prefeitura, sob pena de multa” tem estrutura  $p \textcircled{R} q$ , sendo  $p$  o comportamento de construir sem licença da Prefeitura, e  $q$ , a sanção de multa.

E a norma permissiva “é facultado o estacionamento nessa área” consiste em  $p \textcircled{R} q$ , sendo  $p$  a ação da autoridade, impedindo o motorista de estacionar seu veículo na área em questão; e  $q$ , a sanção de invalidação da penalidade, eventualmente aplicada por essa autoridade.

Ora, se, todas as normas são o que se poderia chamar de imperativos sancionadores, então as condutas, relacionadas deonticamente (V ou F) com uma sanção, devem ser apenadas com a medida sancionatória prevista; e as demais condutas, por não encontrarem ligadas a qualquer sanção, não devem ser apenadas. O juiz, diante de uma conduta qualquer, deve considerar se o direito a liga à sanção. Em caso positivo, o julgamento deve ser no sentido de impor a pena estabelecida. Em caso negativo, se o direito não sanciona a conduta em foco, o julgamento deve ser considerá-la lícita. Em Kelsen, não existe possibilidade de lacunas, portanto.

Mas, prossegue o criador da teoria pura do direito, se a ordem não autoriza aos juízes a aplicação da analogia e dos princípios gerais ou apelo aos costumes em caso de omissão da lei, então não é possível ignorar essa regra autorizadora, devendo-se compatibilizá-la com o restante do sistema. Como todas as normas são reduzidas à estrutura de um imperativo sancionador (dado certo comporta-

mento, deve ser uma sanção), para o pensamento kelseniano, aquele juiz que enxerga lacuna no direito está, na verdade, pretendendo aplicar sanção a uma conduta não-sancionada, ou deixar de aplicar sanção a conduta sancionada. Ou seja, ele pretende inverter o sentido da norma. Se inexistem lacunas, falar nelas é procurar dar ao caso concreto solução *diferente* da prevista pela ordem jurídica.

Um exemplo ajudará na compreensão da teoria kelseniana das lacunas. A mulher A, fisicamente incapaz de ter uma gestação, contrata com a mulher B a implantação de seu óvulo fecundado no útero desta última que, por sua vez, se obriga a lhe entregar a criança assim gerada, logo após o nascimento. A, então, propõe ação judicial, reclamando perdas e danos por inadimplemento de obrigação contratual. Em sua defesa, B alega nulidade do contrato. Como deve o juiz julgar essa pendência?

O contrato será nulo, pela ótica de Kelsen. Se houver norma jurídica, sancionando com a nulidade o comportamento consiste em contratar a implantação do óvulo fecundado. Revirando a ordem em vigor, ele não encontra tal norma. Em princípio, portanto, deveria considerar válida a contratação feita e julgar procedente a ação proposta. Se essa solução, liberada pela ordem jurídica vigente, for adequada aos valores do juiz, com certeza ele a adotará em sua decisão. Mas, na hipótese inversa, caso considere tal solução agressiva aos seus valores, o juiz poderia evitá-la, ao cogitar da existência de uma lacuna. Para integrá-la, deveria aplicar a sanção de nulidade ao referido contrato, valendo-se da analogia, dos princípios gerais do direito ou dos costumes. Ou seja, em Kelsen, o julgador só considera que há lacunas no ordenamento quando não o satisfaz a solução por este oferecida. Em termos mais precisos, as lacunas são vistas pelo pensamento kelseniano como uma “ficção”, a possibilitar a compatibilização dos pressupostos lógico-operacionais do direito com os postulados éticos de quem tem competência para o aplicar.

A teoria pura não considera a questão das lacunas como pertinente à logicidade do sistema jurídico. Trata o tema, situando-o no capítulo da estrutura escalonada da ordem jurídica, no tópico reservado à jurisprudência. É assunto ligado ao direito positivo, que, segundo Kelsen, não se apresenta necessariamente lógico<sup>12</sup>.

---

12 COELHO. F. U. **Para entender Kelsen**, p. 37.

Normalmente, as lacunas são identificadas pela doutrina tradicional como a ausência de norma jurídica geral para um caso particular. Supondo que determinado engenheiro genético consiga multiplicar um óvulo fecundado, para implante no útero de algumas mulheres e gestação de clones humanos. Ainda, que ele contrate, com um milionário excêntrico, a criação de um clone, mas que não receba o pagamento pelo serviço. Ao proceder à cobrança do valor contratado, o devedor contesta alegando a nulidade do negócio jurídico. Considerado o assunto pela ótica da legalidade, a doutrina tradicional afirmaria a inexistência de previsão legal sobre o tema e concluiria pela lacuna do direito. Daí, passaria à discussão acerca dos meios de integração da ordem jurídica (analogia, costumes, princípios gerais, etc.).

A teoria pura mostra, no entanto, que as lacunas, entendidas nesse sentido tradicional, são impossíveis. Como a estrutura da norma jurídica é a de ligação deontica entre a descrição de uma conduta e a sanção estatuída, então de duas uma: ou o comportamento em exame está ligado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido. A norma geral de permissão das condutas não proibidas (o que não está proibido está permitido) torna a idéia tradicional de lacunas inadmissível.

Para a formulação kelseniana, os órgãos judiciários aplicadores do direito, postados diante de ausência de norma específica sobre a conduta em julgamento, nem sempre consideram tal ausência como lacuna. Fazem-no, apenas, se a solução desenhada em termos gerais pelo legislador não coincidir com os seus valores ético-políticos. Em outros termos, apenas se o juiz não concordar com a falta de sanção do comportamento que está julgando, ele irá cogitar da existência de lacuna e, ao colmatá-la, dará ao caso particular a solução mais justa segundo o seu entendimento.

Com relação ao exemplo da clonagem, se o julgador considerar adequada a solução encontrada na ordem positiva (o contrato é permitido, porque não existe sanção estatuída), então reconhecerá a validade do negócio de clonagem; mas se essa solução agredir seus valores, ele identificará uma lacuna na ordem posta, e aplicará a sanção que lhe parece mais adequada (nulidade, anulabilidade ou ineficácia do contrato de clonagem).

Qualquer ausência de norma pode ser igualmente interpretada como imprevisão legislativa ou como deliberada permissão negativa. Não há critério algum, científico, que pudesse apontar para uma ou outra direção na apreciação de hipóteses singulares. Por vezes se falará em lacunas e por vezes em conduta permitida, em função exclusivamente dos valores do juiz competente para aplicar o direito.

O direito positivo brasileiro contém normas mencionando expressamente os meios de superação das lacunas (LICC, Art. 4º). Como se explicaria, em termos

kelsenianos, essa disposição, já que as lacunas são consideradas impossíveis? A resposta é que tais ordens jurídicas criaram uma ficção para compatibilizar os pressupostos lógico-operacionais do sistema jurídico, com a realização dos valores ético-políticos de quem o aplica. Ou seja, uma norma, definindo critérios de superação de lacunas, equivale à outorga de poderes para os juízes decidirem os casos submetidos à sua apreciação de acordo com os seus próprios valores. Mas isso não poderia ser afirmado pela norma sem o recurso à ficção, porque a tanto equivaleria o legislador renunciar à sua competência.

A interpretação não tem aqui a função de aplicar a norma a ser interpretada, mas, ao contrário, de eliminá-la para substituí-la por uma melhor, mais correta, mais justa, em poucas palavras, uma norma desejada por quem aplica um direito. Sob a aparência de contemplar o ordenamento jurídico, a norma original será revogada e substituída por uma nova. Uma ficção da qual se faz uso especialmente quando a modificação legal das normas gerais, por quaisquer motivos, for difícil ou impossível; pode existir por se tratar de direito consuetudinário, que não pode ser modificado de maneira alguma, por um processo racional ou porque as leis vigentes podem ser vistas como de origem santa ou divina, ou porque o aparelho legislativo não possa ser de modo algum movimentado ou por motivos outros.

De qualquer forma, pela equação teórica do espaço jurídico vazio, da regra geral exclusiva ou pela formulada por Kelsen, a negação das lacunas é condição da logicidade do sistema jurídico. Um sistema incapaz de ser caracterizável, de algum modo, como completo não será lógico.

## 7 AS LACUNAS TÉCNICAS

Além das lacunas propriamente ditas, distinguem-se, também, às vezes, lacunas técnicas às quais se nega, do ponto de vista positivista, a existência de autênticas lacunas, e cujo preenchimento é considerado possível por meio de interpretação. Elas ocorrem quando o legislador deixa de normatizar o que deveria ter normatizado, quando deve ser, em geral, tecnicamente possível aplicar a lei. Só que aquilo que se designa como lacuna técnica ou uma lacuna no sentido original da palavra, isto é, uma diferença entre o direito positivo e o direito desejado, ou aquela indeterminação que resulta “pó” esse caráter de moldura da norma<sup>13</sup>.

A primeira acontece quando, por exemplo, a lei regula a obrigatoriedade da venda, mas – como se costuma dizer – nada determina sobre o que arca com o risco quando a coisa vendida perecer, sem culpa das partes, antes da transferência. Porém, não acontece que o legislador “nada” determine sobre isso, mas que o

---

13 KELSEN. H. **Teoria pura do direito**: Versão condensada pelo próprio autor, p. 121.

vendedor se liberte da obrigação de entregar a mercadoria ou uma indenização; uma determinação que, muitas vezes, considera desejável quem aqui afirma haver uma “lacuna”, mas uma determinação que não precisa ser subentendida para tornar a lei aplicável. A lei sobre a obrigação do vendedor de entregar a mercadoria ou uma indenização; uma determinação que, muitas vezes, considera desejável quem aqui afirma haver uma “lacuna”, mas uma determinação que não precisa ser subentendida para tornar a lei aplicável. A lei sobre a obrigação do vendedor de entregar a mercadoria não abre nenhuma exceção, nem no caso mencionado de o vendedor assumir o risco.

A segunda espécie de lacuna acontece quando, por exemplo, a lei determina que o órgão deve ser criado por eleição, mas não regula o processo eleitoral. Isso significa que todo tipo de eleição, seja a proporcional ou da maioria, pública ou secreta, é legal. Para a realização da eleição, o órgão autorizado para ela pode determinar, arbitrariamente, o processo eleitoral. A determinação do processo eleitoral é autorizada para uma norma de grau inferior.

Outro exemplo: uma lei determina que um colegiado, para ser atuante, deve ser convocado por seu presidente, mas nada determina sobre a reunião do colegiado para o caso de não haver nenhum presidente. Não se pode atribuir a essa norma o sentido de que, caso não exista nenhum presidente, qualquer modo de reunião será legal, mas apenas o sentido de que, também nesse caso, o colegiado deve ser convocado por seu presidente, senão não poderá, de modo algum, funcionar legalmente. Aqui, porém, não existe nenhuma “lacuna”, pois a lei exige que o colegiado, mesmo que não possua presidente, deve por ele ser convocado. Se nada houvesse prescrito para esse caso, qualquer reunião seria legal. A lei prescreve aqui algo sem sentido, isto é, como as leis são obra humana, isso não está excluído. Uma norma pode ter também um conteúdo sem sentido. Nesse caso, nenhuma interpretação pode dar sentido a uma norma. E este sentido não pode ser suprimido pelo da interpretação, desde que já não estivesse contido nela.

O sistema jurídico brasileiro coloca-se como formalmente cerrado, é dizer, a combinação dos artigos 4º da LICC com o Art. 126 do Código de Processo Civil reproduz o “princípio do *non liquet*”.

Segundo Lenio Luiz Streck<sup>14</sup>, é necessário distinguir bem as fórmulas “lacunas da lei” e “lacunas do Direito”. De fato, a confusão que é feita por considerável parte da doutrina brasileira traz, de forma subjacente, várias questões, dentre elas, o entendimento acerca do papel efetivo que exercem no sistema os dispositivos

14 STRECK. L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 101.



legais de clausura e ausência (arts. 4º da LICC e 126 CPC). Em verdade, o conceito de lacuna “técnica”, elaborado por parte da doutrina, não pode conviver com os aludidos dispositivos legais. Isto porque só se poderia falar na inexistência de tais lacunas no Direito primitivo ou no Direito internacional, onde há ausência de órgãos centralizados de criação e aplicação de normas.

Essa ausência torna inútil o argumento da lacuna, posto que, no caso de ordens jurídicas como as mencionadas, o problema da lacuna é secundário, ou seja, em primeiro lugar, dever-se-ia decidir se há normas, para, só então, discutir a existência de algumas.

Portanto, não existem lacunas técnicas, sendo todas elas axiológicas. Sua colmatção passa, por critérios definidos hermeneuticamente, a ter relevância – retórica – os assim denominados princípios gerais do Direito, que, aliás, fazem parte da dicção do Art. 4º da LICC<sup>15</sup>. Esse texto é complementado pelo Art. 126 do CPC – com o que ocorre o fechamento do sistema, originalmente estabelecido pelo Art. 4º do Código Civil Napoleônico.

## 8 AS LACUNAS DO LEGISLADOR

Para Hans Kelsen<sup>16</sup>, embora as lacunas jurídicas não tenham existência, teoricamente, o legislador pode, determinado por uma falsa teoria, pressupor a existência de “lacunas”. Só que estas “lacunas” talvez sejam diferentes daquilo que o legislador entende como tais. Este pode encontrar – e as encontra, no caso, não raras vezes – quando não pode extrair nenhuma decisão da lei, como no Art. 6º do Código Civil Austríaco e no Art. 1º do Código Civil Suíço.

Se a lei permite ao juiz, como diz o Art. 1º, acima mencionado, no caso de uma “lacuna”, tomar uma decisão como o faria se fosse legislador, isso significa uma autorização, ao juiz, se considerar a aplicação da lei intolerável, de julgar por seu próprio arbítrio em lugar da lei. O bom legislador não tem condições de fazer correções à lei, mesmo em circunstâncias necessárias, pois deve contar, de antemão, como circunstâncias de fato, que não previu e nem poderia ter previsto; as normas gerais não podem tratar senão de casos comuns. Exatamente por isso ele não pode transcrever os casos em que tem de se colocar no lugar do aplicador do direito. Se pudesse fazê-lo, não precisaria fazer-se substituto dele.

---

<sup>15</sup> Art. 4º, LICC – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Art. 126, do CPC – “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-a aplicar as normas legais; nas as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

<sup>16</sup> KELSEN. Op. Cit., versão condensada. p. 122.

Nada mais lhe resta senão deixar a decisão para o aplicador do direito, sob o risco inevitável de que este também decida, como legislador, os casos em que o legislador original quisesse aplicar a lei. Com isso, naturalmente, o fundamento da legalidade e, portanto, a validade das normas gerais aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas, é colocada em questão, assim como o peso da produção do direito, desde o legislador geral até o aplicador individual do direito.

Para reduzir esse perigo, a autorização para eliminar a lei é formulada de modo que o aplicador do direito não se valha do extraordinário poder que lhe é realmente transferido. O executor do direito deve pensar que só não deve aplicar a lei nos casos em que não possa ser aplicada, por não conter em si mesmo nenhuma possibilidade de aplicação. Ele deve saber que só é livre quando ele próprio puder fazer as vezes do legislador, não, porém, sob outro aspecto: quando tiver de se colocar no lugar do legislador. Que ele, na verdade, esteja livre, também, nesse aspecto, é-lhe ocultado pela ficção da “lacuna”.

Do geral ao particular, falta a premissa lógica que todo ato de aplicação do direito representa. A denominada “lacuna” da lei é uma típica fórmula ideológica. A aplicação da lei, que nesse caso é apenas – pela estimativa do executor do direito – uma inconveniência jurídico-política, é apresentada como uma impossibilidade lógico-jurídica.

## 9 AS LACUNAS AXIOLÓGICAS

Segundo Bobbio<sup>17</sup>, entende-se por “lacuna” a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe.

Quando os juristas sustentam, em nossa opinião, sem razão, que o ordenamento jurídico é completo, isto é, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais e não às axiológicas.

Brunetti, citado por Bobbio<sup>18</sup>, sustenta que, para se poder falar de completude ou de incompletude de uma coisa qualquer, é necessário não considerar a coisa em si mesma, mas compará-la com alguma outra. Para se falar de completude ou não, ele aponta dois casos típicos:

1. quando se compara uma determinada coisa com o seu tipo ideal ou com aquele que deveria ser; tem sentido perguntar se uma dada mesa é perfeita ou não somente se a comparar com aquela que deveria ser uma mesa perfeita;

17 BOBBIO. Op. Cit., p. 140.

18 BOBBIO. Op. Cit., p. 141.

2. quando se compara a representação de uma coisa com a coisa representada, por exemplo, um mapa do Brasil com o Brasil. Ora, com relação ao ordenamento jurídico, caso se considere em si mesmo, sem compará-lo com alguma outra coisa, perguntar se é completo ou não torna-se sem sentido, como se perguntássemos se o ouro é completo, se o céu é completo.

Resumindo, o problema das lacunas tem três faces:

1. o problema de o ordenamento jurídico, considerado em si próprio, ser completo ou incompleto: o problema assim colocado não tem sentido;

2. o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento jurídico, tal como ele é, comparado a um ordenamento jurídico ideal: esse problema tem sentido, mas as lacunas que aqui vêm à baila são lacunas ideológicas, que não interessam aos juristas;

3. o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento legislativo, considerado como parte de um todo e confrontado com o todo, isto é, com o ordenamento jurídico: esse problema tem sentido e é o único caso em que se pode falar de lacunas no sentido próprio da palavra. Na realidade também esse terceiro caso pode ser enquadrado na categoria das lacunas ideológicas, isto é, na “oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema”.

Portanto, o problema da completude é um problema sem sentido, e, lá onde tem sentido, as únicas lacunas, das quais se pode mostrar a existência, são lacunas ideológicas; e é um sentido tão óbvio que, se a isso se reduz o problema, não se justificariam todos os rios de tinta gastos com ele.

Para Bobbio<sup>19</sup>, as lacunas podem ser próprias ou impróprias. A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal.

Num sistema em que cada caso não regulamentado faz parte da norma geral exclusiva (como é geralmente um código penal, que não admite extensão analógica) não pode haver outra coisa além de lacunas impróprias.

---

19 BOBBIO. Op. Cit., p. 143.

O caso não regulamentado não é uma lacuna do sistema porque só pode pertencer à norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna que diz respeito a como deveria ser o sistema.

Tem-se a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra. O que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não regulamentado pelas leis vigentes num dado ordenamento jurídico.

O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas; e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete. Mas, quando se diz que um sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias.

Para Alchourron y Boulygin, citados por Jorge Luiz Rodrigues, revestem particular importância suas definições dos conceitos de *lacuna normativa*, como sendo um caso definido em termos das propriedades que tenham sido consideradas relevantes pelo legislador ao qual não tenha sido correlacionada nenhuma solução normativa, e de *lacuna axiológica*, que se produziria quando, ainda que existente no ordenamento jurídico uma solução para certo caso, tal solução é considerada axiologicamente inadequada em razão de que o legislador não tomou como relevante certa distinção que deveria ter sido considerada.

## 10 O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode se assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes, em que as regras estão alegadamente contidas, admitem apenas um resultado.

Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente “significa”. É só a tradição de que os juízes “descobrem” o direito e não o “fazem” que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz.

Sob o entendimento de que existem lacunas, Hart<sup>20</sup> afirma, sob severas críticas de Dworkin, que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão, em qualquer dos sentidos, é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto.

Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, deve exercer seu poder discricionário e criar direito para o caso concreto, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito.

Esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial.

Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceite pelo positivista, e que a circunstância, de isto sim emergirá da sua própria concepção “interpretativa” do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido explícito, identificado por referência à suas fontes sociais, princípios jurídicos implícitos, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele.

Nesse ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão. É por isso, para esses princípios implícitos, com as suas dimensões morais, que os tribunais se deviam voltar nesses “casos difíceis”, em que as fontes sociais do direito não conseguem determinar a decisão sobre certo ponto do direito.

Segundo Hart<sup>21</sup>, é importante que os poderes de criação que ele atribui aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objetos de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas uma vez que os poderes do juiz são

---

20 HART. H. L. A. O conceito de direito, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001, p. 335.

21 HART. op. Cit., p. 336.

exercidos apenas para ele se libertar dos casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos.

Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária, isto é, ele deve ter sempre certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador contencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Se ele porém, satisfizer essas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes, confrontados com casos difíceis semelhantes.

Dworkin dirige três críticas contra as idéias de Hart, no que diz respeito à sua concepção dos tribunais, enquanto exercem um poder discricionário tão limitado para resolver casos deixados incompletamente regulados pelo direito. A primeira é a de que esta concepção é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos “casos difíceis”.

Para demonstrar isso, Hart afirma que Dworkin faz apelo à linguagem utilizada pelos juízes e pelos juristas para descrever a tarefa do juiz e à fenomenologia da elaboração de decisões judiciais. É dito que os juízes, ao decidirem os casos, e os juristas, ao insistirem com eles para os decidirem a seu favor, não falam do juiz com estando a “criar” direito, mesmo em casos dotados de novidade. Mesmo nos mais difíceis desses casos, o juiz não denuncia, com frequência, qualquer consciência de que há, como os positivistas sugerem, dois estádios completamente diferentes no processo de decisão: um em que o juiz descobre, em primeiro lugar, que o direito existente não consegue ditar uma decisão em qualquer sentido; e outro em que o juiz se afasta então do direito existente para criar direito para as partes de novo e *ex post facto*, em conformidade com a sua idéia do que é melhor.

Em vez disso, os juristas dirigem-se ao juiz, como se esse estivesse sempre preocupado em descobrir e dar execução ao direito existente e o juiz fala como se o direito fosse um sistema de direitos sem lacunas, em que se aguarda a descoberta pelo juiz de uma solução para cada caso, e não a pura invenção de tal solução pelo mesmo juiz.

Não há dúvida de que a retórica familiar do processo judicial encoraja a idéia de que não existem, num sistema jurídico desenvolvido, casos juridicamente não regulados. Mas com que grau de seriedade se deve aceitar tal idéia? Há uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a

distinção entre o legislador e o juiz e insistem em que o juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero porta voz do direito, que ele não cria ou molda.

Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiros decidem os casos, nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial.

Uma consideração principal ajuda a explicar a resistência à pretensão de que os juízes, por vezes, não só criam, como aplicam direito, e elucida também os principais aspectos que distinguem a criação direito judicial da criação pelo órgão legislativo. Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente.

É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objetivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver.

Nesse mesmo sentido, Larenz<sup>22</sup> afirma que o juiz ficará adstrito aos princípios gerais que informam o ordenamento e à Constituição, para que não se afigure uma arbitrariedade:

[...] não se exige que o direito esteja expresso na forma de regras genéricas para que seja vinculatório, a codificação geral não pode, nunca, mesmo por pouco tempo, determinar exaustivamente o conteúdo da ordem jurídica. O juiz deve agir como descobridor e, ao mesmo tempo, conformador do direito que ele traz sempre de novo para a realidade, em um processo interminável a partir da lei, com a lei e, caso necessário, para além da lei. Não se pode dizer que nesses casos a decisão aja “contra legem”. Na verdade, esse desenvolvimento do direito é “extra legem”, no sentido de que exorbita ou restringe os fins

---

22 LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 212

cognoscíveis da lei, mas está de acordo com o direito; “extra legem”, mas “intra ius”. Para que isso não leve à arbitrariedade, ao realizar o direito na decisão dos casos concretos, o juiz deve fazê-lo de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e com a Constituição, em suma, [...] deve poder integrar-se no ‘sistema intrínseco da ordem jurídica’.

As outras críticas de Dworkin à concepção de Hart de poder discricionário judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta.

Afirma Dworkin, citado por Hart<sup>23</sup>, que os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a essa crítica. Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o *preço* necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício desses poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos.

Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controle residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis.

Conclui Hart<sup>24</sup> que Dworkin formula outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito *ex post facto*, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de que as conseqüências jurídicas dos seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus atos.

---

23 HART. Op. Cit., p. 338.

24 HART. Op. Cit., p. 339.



Essa objeção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroativa do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que “não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas”.

## 11 CONCLUSÃO

De qualquer forma, pela equação teórica do espaço jurídico vazio, da regra geral exclusiva ou pela formulada por Kelsen, a negação das lacunas é condição da logicidade do sistema jurídico. Um sistema incapaz de ser caracterizável, de algum modo, como completo não será lógico. Porém, o direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural.

A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, de forma constante, estabelecem novos precedentes, e os próprios valores sofrem transformações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. Abarca o direito experiências históricas, sociológicas e axiológicas que se complementam. Logo, as normas, por mais completas que sejam, são apenas uma parte do direito, não podendo identificar-se com ele. O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo.

Na tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale encontra-se a noção de que o sistema do direito se compõe de um subsistema de normas, de um subsistema de valores e de um subsistema de fatos, isomórficos entre si, por haver correlação entre eles. Portanto, tais elementos são interdependentes, de forma que, quando houver uma incongruência ou alteração entre eles, tem-se a lacuna e a quebra da isomorfia. Logo, o sistema normativo é aberto, está em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (fáticos, axiológicos etc.), sendo ele próprio parte de um subsistema jurídico.

Perante a lacuna, o juiz, ante o caráter dinâmico do direito, passa de um subsistema a outro (do subsistema legal ao subsistema consuetudinário ou ao subsistema axiológico ou ao subsistema fático), até suprir a lacuna. De maneira que esta é sempre provisória, porque o direito, *lectiona Tércio*, possui uma temporalidade própria.

Em face do Art. 126, do CPC, é conclusivo que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia,

aos costumes e aos princípios gerais do direito.

O legislador, reconhecendo a impossibilidade lógica de regulamentar todas as condutas, prescreve normas desse tipo com o escopo de estabelecer a “plenitude do ordenamento”. E a proibição da denegação da justiça pelo juiz pretende tão-somente estabelecer tal completude. Nesse contexto doutrinário, Vernengo não nega a existência de lacunas normativas, mas afirma tão-somente que há técnicas para colmatá-la.

A integração de uma lacuna, portanto, não se situa no plano legislativo, tampouco é uma delegação legislativa ao juiz; ele não cria novas normas jurídicas gerais, mas individuais, que só poderão ascender à categoria de normas jurídicas gerais em virtude de um subsequente processo de recepção e absorção dessas normas por uma lei ou jurisprudência, uma vez que as súmulas dos tribunais são tidas, por alguns autores, como normas gerais.

Portanto, se não se admitir o caráter lacunoso do direito, sob o prisma dinâmico, o Poder Legislativo, em um dado momento, não mais teria qualquer função, porque todas as condutas já estariam prescritas, em virtude do princípio de que “tudo o que não está proibido, está permitido”. E, além disso, a afirmação “não há lacunas porque há juízes, que, com base no Art. 4º da LICC, as vão eliminando”, conduz a uma falsa realidade, pois os magistrados apenas as colmatam.

O juiz cria norma jurídica individual que só vale para cada caso concreto, pondo fim ao conflito, sem dissolver a lacuna, pois o caso *sub judice* por ele resolvido não pode generalizar a solução para outros casos, mesmo que sejam idênticos. A instauração de um modelo jurídico geral cabe ao Poder Legislativo, bem como as modificações e correções da norma, procurando novas formas que atendam e satisfaçam às necessidades sociais.

As lacunas jurídicas são uma questão sem saída, a que não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que deve ser entendido por lacuna, parece que não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isto porque, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, pois partem de critérios e premissas diversas e se sustentam racionalmente.



## REFERÊNCIA

- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed., Brasília: UnB, 1995.
- COELHO, F. U. **Roteiro de lógica jurídica**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio amado Editor, 1976.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito: Versão condensada pelo próprio autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LARENZ, K. **Metodologia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.