

PROCURADORIA DE  
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA

**Revista da  
Procuradoria-Geral  
do Município de Fortaleza**

Ano 20 • Vol. 20  
(Editada em 2015)

Fortaleza – Ceará  
2012



Prefeitura de  
**Fortaleza**

**PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO  
PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – PRODESP**

Av. Santos Dumont, 5335 – 11º andar – Papicu

Fone: (85) 3234-7666 Fax: (85) 3265-1975

Site: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/pgm>

E-mail: [biblioteca.pgm@gmail.com](mailto:biblioteca.pgm@gmail.com)

**EDITOR-CHEFE**

Marcelo Sampaio Siqueira

**REVISOR**

Conceição de Maria Vasconcelos Lima

**APOIO TÉCNICO E ADMINISTRATIVO**

Sandra Maria Pessoa Simões – Bibliotecária

Teresa Selma Oliveira Luna – Bibliotecária

Igor Brandão Feitosa de Carvalho – Assessor Administrativo da PRODESP

Os artigos são de inteira responsabilidade dos seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos. Permite-se transcrição dos artigos com citação da fonte.

As correspondências devem ser dirigidas à Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa – PRODESP – PGM.

Pede-se permuta. We request exchange. On demande l'échange. Wir erbitten Austausch. Se solicita canje. Si chiede lo scambio.

---

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Ano 1, v. 1, n. 1, (1992) - . Fortaleza: RDS Gráfica e Editora LTDA, 1992 -

Anual.

Ano 20, v. 20, n. 20, 2012 (Editada em 2015).

Publicação interrompida de 2010 a 2013.

ISSN 1806-5619

1. Direito - Periódicos. I. Fortaleza (Procuradoria-Geral do Município).

CDD 340.05

---



Prefeitura de  
**Fortaleza**

ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA  
**PREFEITO DE FORTALEZA**

JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO  
**PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO**

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA  
**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE  
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - PRODESP**

**PREFEITO DE FORTALEZA**  
ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA

**PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO**  
JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO

**PROCURADOR-GERAL ADJUNTO**  
MIGUEL ROCHA NASSER HISSA

**PROCURADOR ASSISTENTE**  
JOÃO PAULO DE SOUSA BARBOSA NOGUEIRA

**PROCURADOR ADMINISTRATIVO**  
FELIPE AUGUSTO SIQUEIRA COSTA

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE URBANISMO E MEIO AMBIENTE**  
DENISE BARBOSA SOBREIRA COSTA

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JUDICIAL**  
JOÃO AFRÂNIO MONTENEGRO

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA FISCAL**  
VALERIA MORAES LOPES

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA**  
LUIS GENTIL CHAVES

**PROCURADOR-CHEFE DA CONSULTORIA**  
MARIA DE FÁTIMA NOBREGA ARAÚJO

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE APOIO AOS FEITOS JUDICIAIS**  
YANDRA MARIA RIBEIRO MENDES

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA**  
ANTÔNIO GUILHERME RODRIGUES DE OLIVEIRA

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE  
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**  
FÁTIMA MARIA NUNES MEMÓRIA

**PRESIDENTE DE JUNTAS PROCESSANTES**  
ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA

**PROCURADOR-CHEFE DA REPRESENTAÇÃO DA PGM EM BRASÍLIA – DF**  
EDVALDO ASSUNÇÃO E SILVA

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA**  
MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	7
<b>LEGITIMIDADE E EFICÁCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO SISTEMA JURÍDICO INTERNO E A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO BRASIL</b> .....	9
Michel Mascarenhas Silva	
<b>ANÁLISE SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.101/2005 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88</b> .....	43
Igor Brandão Feitosa de Carvalho	
<b>DIREITO DE VIVER COM DIGNIDADE E ÉTICA DA ESPÉCIE</b> .....	67
Lucíola Maria de Aquino Cabral	
<b>PARECER Nº 0750/2013 - CONS</b> .....	95
Liduina Ofélia Duarte Barreto	



## APRESENTAÇÃO

A Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza tem o orgulho de apresentar as edições números 20 e 21 da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza, editada desde 1992. Conforme o exposto nas apresentações contidas nas edições anteriores, reitera-se que sua longevidade faz desta uma das mais antigas e conceituadas publicações acadêmicas editadas por Procuradorias das capitais brasileiras.

A edição de nº 20 apresenta trabalhos oriundos dos esforços do corpo de Procuradores Municipais de Fortaleza, advogados e professores universitários. A edição de nº 21 reúne uma coletânea de legislações municipais com comentários produzidos pelo Procurador Mario Sales. Crê-se que as revistas ora apresentadas contribuirão para o desenvolvimento da ciência jurídica no município de Fortaleza e no Brasil.

Mais uma vez reitera-se que não se podem olvidar os agradecimentos àqueles que, por seus esforços, tornaram esta publicação possível. Agradece-se, em primeiro lugar, por financiar a edição, revisão e publicação destes volumes, ao Fundo de Aperfeiçoamento da PGM, na pessoa do Prefeito Municipal, Doutor Roberto Claudio Rodrigues Bezerra. O financiamento do fundo para a edição das obras ora apresentadas é um indicativo permanente do acerto dos seus objetivos, que abrangem a capacitação e formação profissional do quadro de procuradores e servidores.

Agradece-se, igualmente, ao quadro de servidores da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa (Prodesp), pelo estuendo trabalho de organização desempenhado, nas pessoas dos servidores Sandra Simões, Teresa Selma, João Costelha e José Erisvaldo. Agradece-se, por fim, à professora Conceição de Maria Vasconcelos Lima e à equipe da RDS Editora, pelo excelente trabalho realizado.

Por fim, como de costume, aproveita-se o ensejo para felicitar os colaboradores da revista, cujas pesquisas são imprescindíveis para o desenvolvimento da ciência jurídica, e desejar a todos uma boa leitura.

Fortaleza, janeiro de 2015.

**José Leite Jucá Filho**  
Procurador-Geral do Município

**Marcelo Sampaio Siqueira**  
Procurador-Chefe da Prodesp

**Igor Brandão Feitosa de Carvalho**  
Assessor Administrativo da Prodesp

# LEGITIMIDADE E EFICÁCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO SISTEMA JURÍDICO INTERNO E A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO BRASIL

## LEGITIMATE AND EFFICIENCY OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN FACE OF INTERNAL LEGAL SYSTEM AND THE CREATION OF A CONSTITUTIONAL COURT IN BRAZIL

**Michel Mascarenhas Silva**

Professor de Direito Processual da Universidade Federal do Ceará.  
Mestre em Direito Constitucional. Advogado.  
E-mail: michelmascarenhas@ufc.br

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A jurisdição constitucional na estrutura do Estado de Direito; 2.1 A função da jurisdição constitucional exercida pelo Poder Judiciário; 3 O exercício da jurisdição constitucional; 4 Sistemas de jurisdição constitucional; 4.1 Sistema estadunidense: controle constitucional difuso pelo Poder Judiciário; 4.2 Tribunal constitucional (sistema austríaco ou europeu); 4.3 Sistema francês: controle político; 4.4 A anomalia resultante da junção de sistemas; 5 Incoerências da jurisdição constitucional brasileira e a (i)legitimidade do Supremo Tribunal Federal 6 Considerações finais; Referências.

**Contents:** 1 Introduction; 2 Constitutional jurisdiction in the structure of the State of Law; 2.1 Function of constitutional jurisdiction exercised by the Judiciary; 3 Exercise of constitutional jurisdiction; 4 Systems of constitutional jurisdiction; 4.1 American system: constitutional diffuse control by Judiciary; 4.2 Constitutional Court (system Austrian or European); 4.3 French system: political control; 4.4 The problem resulting from systems junction; 5 Inconsistencies of Brazilian constitutional jurisdiction

and (i)legitimate of the Federal Supreme Court; 6  
Final considerations; References.

**Resumo:** O presente artigo verifica a compatibilidade da jurisdição constitucional adotada no Brasil em relação ao seu sistema jurídico interno, e tem como objetivo observar como isso afeta a eficiência e a efetividade da jurisdição constitucional. A análise é feita, primordialmente, com base na jurisdição constitucional e nos sistemas jurídicos estadunidense (da *common law*) e europeu (da *civil law*).

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Legitimidade e eficácia. Sistema jurídico interno. Tribunal constitucional.

**Abstract:** This paper verifies the compatibility of the constitutional jurisdiction adopted in Brazil in relation to its domestic legal system, and aims to observe how it affects the efficiency and effectiveness of constitutional jurisdiction. The analysis is primarily based on the constitutional jurisdiction and the American (common law) and European (civil law) legal systems.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction. Legitimacy and effectiveness. Internal legal system. The Constitutional Court.

## 1 Introdução

O constitucionalismo representou um grande avanço na proteção dos direitos individuais e, principalmente, trouxe consigo o meio mais eficaz para o controle dos atos estatais, combatendo o absolutismo.

Esse novo panorama institucional, no entanto, é passível de ataques e violações, inclusive pelos membros do próprio Estado, por vezes colocado a serviço dos interesses individuais e mercadológicos. Certos momentos de instabilidade institucional e constitucional são observados, ocasionados por pressões de grupos interessados em se perpetuar no poder ou dele fazer uso para a promoção de seus assuntos.

O Estado de Direito moderno, portanto, é submetido a tais pressões, que podem levar à ocorrência de conflitos entre os poderes e a abalos na ordem jurídico-constitucional. Daí ser pertinente o estudo da jurisdição constitucional e a forma mais legítima e eficaz de seu exercício, visando à proteção das colunas

erguidas com o Estado de Direito.

Verificar a independência de quem exerce essa jurisdição e sua origem democrática, bem como a sua compatibilidade com o sistema jurídico adotado, serve para amadurecer a discussão e fortalecer a ordem constitucional.

De fato, apesar de ser una, a jurisdição é submetida a uma organização prévia, com distribuição de competências, criando-se ramificações de seu exercício. Porém, tais ramos da jurisdição, o que inclui a constitucional, encontram-se inseridos dentro de um sistema jurídico maior, adotado no direito interno. E a jurisdição, em todas as suas facetas, precisa, para ser legítima e eficaz, ser compatível com todo o sistema jurídico interno, sob pena de serem verificadas situações esdrúxulas e, o que é pior, de sua inoperância e não proteção efetiva do ar constitucional respirado mediante os valores admitidos social, política, científica e culturalmente.

O trabalho em construção tem por objetivo estabelecer, depois de abordar a origem e a importância da jurisdição constitucional, uma comparação entre o sistema jurídico adotado no Brasil e seu modelo constitucional de jurisdição, partindo dos sistemas estadunidense (da *common law*) e europeu (da *civil law*) para concluir se há, no direito pátrio, compatibilidade que torne legítima e eficaz a jurisdição constitucional brasileira.

## **2 A jurisdição constitucional na estrutura do Estado de Direito**

O entendimento acerca da importância da Constituição para o estabelecimento de um Estado que se possa designar de Direito deve passar, inexoravelmente, pelo estudo da evolução do próprio Estado e do desenvolvimento do pensamento constitucional. Esse avanço paulatino, especialmente da ideia girada em torno de uma ordem que o constituísse, culminou no desenvolvimento do pensamento constitucional<sup>1</sup> e no surgimento do Estado Moderno.

---

<sup>1</sup> Somente no século XX, especialmente a partir de seu segundo terço, o pensamento constitucional, pelo acúmulo de experiências e pelas reflexões até ali realizadas, chega a um grau de amadurecimento que permitiu estabelecer a Teoria da Constituição.

A modernização estatal e a afirmação do Estado de Direito tiveram de passar pelo amadurecimento das instituições e da forma de se pensar a figura do poder. Pelas luzes lançadas acerca dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, bem como da consciência de que ele somente surge a partir da vontade de todos, recebendo da coletividade uma delegação de poderes, se tornou possível chegar a uma visão mais elevada da importância de uma ordem que limitasse o uso e o exercício dessas prerrogativas transferidas.

Tornou-se necessário, pois, alcançar um sistema que viabilizasse a realização do interesse público, mas que também protegesse a esfera individual de cada pessoa submetida ao comando do Estado. Era preciso entender que a permissão, dada pelo indivíduo a um poder central que governasse a vida da comunidade, não era absoluta, nem tinha a natureza totalitária. Tal transferência de poder deveria ocorrer na medida extremamente necessária para a manutenção da concórdia e da paz social, não se olvidando do respeito que o próprio Estado deveria destinar aos seus súditos.

O equilíbrio político deveria se tornar uma meta, não se admitindo que a preocupação com o interesse coletivo anulasse a esfera do indivíduo, nem que este, por seu turno, desprezasse a importância do bem-estar da comunidade. Para se chegar a esse sistema equilibrado, necessário seria instituir um Estado não absoluto nem arbitrário, mas que conseguisse somar a proteção dos interesses gerais com o respeito à essencialidade do ser humano.

Essa consciência começou a ser atingida quando o Estado passou a ser organizado a partir de uma ordem que o constitísse, elaborando comandos que dissessem previamente como seria exercido o poder e quais os direitos da pessoa humana que deveriam fundamentar a vida em sociedade.

Da definição da organização estatal, ao ser expresso como se daria a sua atuação, definindo-se o regime de governo, suas funções e limites, imperativo seria designar os órgãos representativos do Estado e a repartição de suas competências e atribuições, evitando-se o atropelo e a insegurança no exercício do poder. Tal sistema, portanto, serviria a dois escopos: o primeiro de constituir (criar) o próprio Estado, definindo-o na ordem in-

terna, além de expressar o rol de direitos que possibilitassem a proteção à pessoa humana, e o segundo, de balizar e limitar o próprio exercício do poder estatal.

Mas esse sistema, ao prever os órgãos estatais e as atribuições de cada um deles, deveria ele mesmo receber uma dupla proteção: uma em face dos atos, notadamente dos próprios órgãos e poderes do Estado, que atentassem contra os seus comandos, e outra quanto às adaptações necessárias em relação às mudanças que fossem ocorrendo na sociedade com o passar dos anos.

A opção encontrada foi a de elaborar uma Lei Fundamental, ou seja, uma determinação maior que instituísse e fundamentasse o Estado e a sociedade para a qual era destinada. Esse comando passou a ser designado de Constituição<sup>2</sup>. Surgia, assim, o fenômeno do constitucionalismo. Por meio dele, segundo Jorge Miranda (2009, p. 167):

Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescritíveis e invioláveis. [...]. O Estado Constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.

A Constituição, por conseguinte, tinha como meta controlar e limitar o exercício do poder pelo Estado, e dar guarida à esfera pessoal dos indivíduos e dos interesses coletivos. Esse objetivo poderia ser resumido numa só palavra: segurança. É bem verdade que tal segurança, num primeiro momento, teve por meta assegurar a doutrina liberal e a ascensão da burguesia ao patamar de classe hegemônica dentro da estrutura

---

<sup>2</sup> Na *Grécia Antiga*, a palavra constituição tinha sentido absolutamente limitado, sendo o vocábulo utilizado no sentido de legalidade e como sinônimo da *polis*. Mais adiante, o *uso romano* da palavra constituto tinha o sentido de normas emitidas pelo imperador, mas que em nada se relacionavam com a estrutura do Estado. No obscurantismo da *Idade Média*, tendo havido grande estagnação filosófica e intelectual, a organização social se notabilizou pelos feudos, valorização dos dogmas religiosos e do teocentrismo, existindo, quanto ao Estado, o destaque ao absolutismo e a sua completa desestruturação (SALDANHA, 1982).

social.<sup>3</sup> Mesmo com essa vicissitude, foi esse paradigma que abriu as portas para a afirmação do Estado de Direito pelo estabelecimento da ordem constitucional.

Com a prática constitucional, observou-se, no entanto, que mesmo estando no patamar mais elevado do sistema jurídico, a Constituição poderia ser violada ou ter a sua interpretação desvirtuada. Concluiu-se, então, que a ordem constitucional deveria ser protegida, recebendo especial atenção do Estado tanto no sentido de não ser violada quanto de ser constantemente revitalizada. Esse trabalho de proteger e revitalizar a Constituição levou ao surgimento e desenvolvimento da jurisdição constitucional.

O vocábulo jurisdição tem sentido amplo, significando “dizer o direito”. O termo, no entanto, é comum e equivocadamente aplicado apenas para designar o trabalho do Poder Judiciário, como se somente ele pudesse exercer jurisdição. A palavra não pode ser usada apenas para denominar a função judicial, pois, por seu amplo significado, jurisdição pode ser definida como poder para ouvir e determinar uma causa ou causas, consideradas em geral ou com referência a um caso particular; autoridade de um poder soberano de governar e legislar; faculdade de aplicar as leis e de julgar.

Note-se que a jurisdição pode ser exercida tanto no faziemento das leis quanto na sua aplicação, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Legislativo ou pelo Judiciário, significando que o direito pode ser dito de várias formas e por vários órgãos diferentes.

Não se confunda, todavia, *jurisdição* com *função jurisdiccional típica*. Dentro do princípio da separação dos poderes, notadamente por sua tripartição, a função típica de dizer o direito, isto é, a função jurisdiccional, geral e típica, é exercida pelo Poder Judiciário. No dizer de José de Albuquerque Rocha, “a jurisdição é, justamente, a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusi-

---

<sup>3</sup> O desenvolvimento do constitucionalismo e do pensamento constitucional, fazendo surgir o Estado de Direito moderno, teve como ponto vital o liberalismo, cuja doutrina não tem um momento histórico bem definido acerca de seu surgimento, sendo que alguns de seus traços já eram observados na Idade Média. O constitucionalismo se caracterizou, em seu início, pelo racionalismo, o laicismo, o individualismo burguês, o legalismo e a redução das intervenções estatais na sociedade. A base do Estado Moderno se deu, portanto, sobre o iluminismo e o liberalismo (SALDANHA, 1982).

ve recorrendo à força, se necessário”. Seu objetivo é de “manter o ordenamento jurídico quando este não foi observado espontaneamente pela sociedade”, observando-se que essa função é exercida, “preponderantemente”, pelo Poder Judiciário (2003, p. 78).

Ao fazer uso da palavra preponderantemente, o referido autor segue justamente a linha aqui exposta, de que a jurisdição geral (resolução de casos concretos) é tipicamente designada ao Judiciário, nada impedindo, porém, que uma jurisdição especial (abstrata ou de casos concretos) seja criada e exercida por um tribunal ou órgão estatal fora da esfera desse Poder.

A jurisdição constitucional, por sua vez, é exercida preponderante ou exclusivamente pelo Poder Judiciário (função típica), dependendo da cultura jurídica local e do sistema adotado<sup>4</sup>. Sendo a Constituição uma garantia e uma direção da garantia (MIRANDA, 2009), deve o seu conteúdo ser protegido, além de ser necessário que a sua interpretação seja uniformizada e que seus sentidos sejam revitalizados. Na condição de garantidora de direitos dos indivíduos em face da atividade estatal, a Constituição também deve ser protegida contra violações oriundas do próprio Estado. Assim, a jurisdição constitucional diz respeito ao controle de constitucionalidade dos atos concretos ou abstratos (normativos) do Estado.

É nesse ponto que residem a importância e as razões da jurisdição constitucional típica dentro da estrutura estatal. Sem essa proteção, o Estado careceria de legitimidade e os direitos individuais seriam constantemente violados, estabelecendo-se a verdadeira anarquia. Justamente para que a Constituição possa continuar cumprindo as suas funções – manter o consenso, legitimar a ordem jurídico-constitucional, dar garantia e proteção, estabelecer a ordem e a ordenação, e efetivar a organização do poder político – é que a jurisdição constitucional deve atuar com competência e acerto por meio de seu órgão encarregado (CANOTILHO, 2003).

---

<sup>4</sup> No Brasil, seu exercício se dá preponderantemente pelo Poder Judiciário, pois até mesmo órgãos diversos, fora desse poder, podem declarar a inconstitucionalidade de atos do Poder Público, a exemplo dos Tribunais de Contas, conforme Súmula nº 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Acerca da função jurisdicional típica do Estado recorre-se novamente ao ensino de Jorge Miranda (2009, p. 388):

Na função jurisdicional define-se o Direito (*jus dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstracto, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de actos jurídicos (máxime, de actos normativos).

Assim, a jurisdição pode ser exercida tanto no plano concreto quanto no da abstracção, sendo que neste último ocorre no controle de constitucionalidade dos atos normativos e legislativos do Estado. Logo, a *jurisdição constitucional* é exercida tanto no âmbito da concretude (atos omissivos e comissivos do Estado) quanto na abstratividade (controle de constitucionalidade de leis e atos normativos).

Em consequência, tornou-se pertinente saber como operacionalizar essa proteção, definindo-se quem seria, dentro da estrutura estatal, a pessoa ou o órgão legitimado para exercer a jurisdição constitucional e se a sua atividade se limitaria ao âmbito da abstracção ou se poderia julgar com base em casos concretos. Antes de definir essa operacionalização, contudo, necessário seria entender a função da jurisdição constitucional no seu exercício típico pelo Poder Judiciário.

## **2.1 A função da jurisdição constitucional exercida pelo Poder Judiciário**

Ultrapassado o estudo relativo ao surgimento do constitucionalismo para o estabelecimento do Estado de Direito, saindo-se do absolutismo e passando-se para a proteção dos indivíduos em face dos atos estatais, bem como entendida a importância da jurisdição constitucional na estrutura do Estado como meio de manter essa organização, busca-se agora entender a função dessa jurisdição.

A doutrina estabelece várias funções, expondo variadas classificações, transitando de autor para autor, mas sem perder

a sua essencialidade efetivamente constitucional. Neste trabalho serão apresentadas as posições de J.J. Gomes Canotilho, Garcia de Enterría e André Ramos Tavares.

Para Canotilho, pode-se definir a justiça constitucional como o “complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes” (2003, p. 892).

Em seu pensamento, a jurisdição constitucional assume as seguintes funções (CANOTILHO, 2003, p. 892-894):

- Garantia contra atos administrativos, políticos e legislativos do Estado, aferindo-se a sua “conformidade material e formal segundo o parâmetro superior da constituição”;
- Exercício do *judicial review* em situação de conflito entre duas leis no caso concreto, devendo o juiz preferir a lei superior (= constituição) e afastar a incidência da lei inferior;
- Solução de conflitos entre poderes do Estado;
- Conhecimento e julgamento de atos atentatórios à Constituição cometidos por órgãos supremos do Estado;
- Controle final da regularidade de procedimentos de formação de órgãos constitucionais eleitos por sufrágio direto e universal;
- Amparo para a defesa de direitos fundamentais, sendo a jurisdição da liberdade;
- Controle, de forma abstrata e concentrada, da constitucionalidade das leis, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais.

No entender de Garcia de Enterría, a jurisdição constitucional possui competências e não funções<sup>5</sup> (apud VIEIRA, 2008, p. 54-55), sendo elas:

---

<sup>5</sup> *Competência* tem o sentido de delimitação da área de trabalho, relacionada às possibilidades do exercício do poder, sendo definida, abstrata e previamente, por meio das regras jurídicas vigentes, enquanto que *função* se relaciona ao exercício da competência, correspondendo ao seu aspecto prático, à resultante da atividade exercida. Assim como na jurisdição comum, cujo trabalho é previamente delimitado pelas regras de competência, a jurisdição constitucional também deve possuir seu raio de atuação claramente estabelecido no ordenamento. Entende-se, porém, que a jurisdição constitucional tem uma única função, o resultado esperado de seu trabalho: proteção e revitalização da ordem constitucional vigente.

- Controle de constitucionalidade das leis mediante recurso processual oriundo de processo judicial;
- Processamento e julgamento de recursos processuais interpostos por particulares em processos judiciais visando à proteção dos direitos fundamentais;
- Julgamento dos conflitos constitucionais;
- Controle preventivo de constitucionalidade seguindo o Sistema francês (controle político).

A classificação de André Ramos Tavares aponta as seguintes funções a serem exercidas pela jurisdição constitucional (apud VIEIRA, 2008, p. 56-60):

- Interpretação da Constituição e emissão de enunciados constitucionais, não apenas interpretando, mas completando a Constituição;
- Controle de constitucionalidade dos atos estatais com a proteção aos direitos fundamentais;
- Arbitramento para a resolução de conflitos entre os poderes constitucionais;
- Legislação positiva por meio de decisões aditivas, redutoras e substitutivas das leis;
- Governativa e política na condução da *res publica*, prevalecendo, por essa função, a proteção dos direitos fundamentais sobre o princípio da separação dos poderes;
- Comunitarista na prevalência das necessidades da comunidade em relação ao direito estatal.

Analisando-se as classificações apresentadas, observa-se que algumas das funções ou competências expostas pelos três estudiosos mencionados extrapolam o papel superior da jurisdição constitucional, atribuindo-lhe atividades que podem desvirtuar a sua natureza. O órgão incumbido da jurisdição constitucional deve receber competências na exata medida para possibilitar a sua efetividade e eficácia.

Na classificação de Canotilho critica-se a presença do exercício do *judicial review* e do controle das eleições, porquanto essas funções devem ser exercidas, de modo final, pelos órgãos judiciais competentes. Na classificação de André Ramos Tavares critica-se a presença das funções governativa e comunitarista, porquanto não se deve confundir a jurisdição constitucional com assuntos relacionados a políticas públicas.

Havendo, nesses casos (do processo eleitoral e de políticas públicas), ameaças de instabilidade sociojurídica ou de conflitos entre poderes, tal situação danosa deve ser resolvida pelo órgão dentro da função genérica da arbitragem de conflitos, ou, havendo agressões a preceitos constitucionais, caberá à jurisdição constitucional agir para protegê-los.

Apesar de não se concordar com a presença expressa das funções governativa e comunitarista, não se pode olvidar de que a jurisdição constitucional tem o seu viés político. Isso porque, se os atos estatais, sejam eles legislativos ou administrativos, podem ser submetidos ao controle de constitucionalidade, é óbvio que acabará ocorrendo a injunção política sobre os poderes do Estado.

De Canotilho entende-se que a melhor função é a de controle, de forma abstrata e concentrada, da constitucionalidade das leis, *independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais*. De André Ramos Tavares elogia-se a supremacia da *proteção dos direitos fundamentais sobre o princípio da separação dos poderes*.

A exposição de Enterría, por sua vez, aparenta ser a mais equilibrada, porquanto limite as funções da jurisdição constitucional a aspectos estritamente constitucionais.

Após análise das classificações existentes acerca das funções da jurisdição constitucional, chega-se à conclusão de ser temerário arrolar e especificar as hipóteses possíveis do trabalho dessa jurisdição. O motivo é que, na verdade, não é possível definir um rol taxativo de funções, mas apenas uma função geral, que leva ao controle exercido pela jurisdição constitucional, e dois objetivos decorrentes.

Como função geral, pode-se dizer que se relaciona à proteção da ordem constitucional vigente. Esse pressuposto abre completamente as possibilidades de exercício da jurisdição constitucional, atitude indispensável diante da supremacia da ordem constitucional e das inúmeras possibilidades de violação que não podem humanamente ser textualmente previstas.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> A supremacia da Constituição “resulta do fato de que, ao transformar Direito e política em fenômenos de mútua implicação, a Constituição representa uma estrutura normativa superior a todas as demais no interior da ordem jurídica, que estrutura juridicamente o Estado por meio das

Correspondendo a esse pressuposto ou função geral haverá sempre dois escopos: 1) efetuar o controle de constitucionalidade em atos legislativos ou administrativos, formal e material, preventivo ou repressivo, inclusive sobre emendas ou propostas de emendas ao Texto Constitucional, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais, no caso de ser detectado vício ou vislumbrada possibilidade de existência de algum vício de inconstitucionalidade. Essa inconstitucionalidade pode existir por atentado a qualquer dispositivo da Constituição, seja ele de direito fundamental ou não. Daí a redundância em se dizer que é função da jurisdição constitucional proteger os direitos fundamentais, porquanto esse escopo já se encontra no bojo do controle de constitucionalidade; e 2) proteger a ordem constitucional pelo arbitramento e apaziguamento de conflitos entre poderes.

Também é redundante estabelecer como função da jurisdição constitucional a de interpretar e revitalizar a Constituição, pois em qualquer decisão ou juízo por ela emitido estará fazendo esse trabalho, sempre procurando atender aos anseios e à ebulição social.<sup>7</sup>

Somada a essa única função e a esses dois objetivos deve-se mencionar, no âmbito procedimental, a necessidade de um juízo prévio de admissibilidade, a ser feito pelo órgão constitucional; a inexistência de processo judicial anterior (a jurisdição constitucional seria exercida somente de maneira originária); e a definição dos legitimados. Quanto à legitimação, deve ser trazida à roda do debate a discussão acerca de se o órgão encarregado poderia agir de ofício diante da inércia e do desinteresse político dos legitimados, fundamentando-se na supremacia da ordem constitucional e na proteção a ser dada à estabilidade institucional e jurídica.

---

funções pelas quais ele atua e estabelece solenemente os fundamentos para a realização dos direitos fundamentais. [...] Dentre os meios previstos nos ordenamentos jurídicos contemporâneos como técnicas de garantia da Constituição, destacam-se a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade” (DINIZ, 2002, p. 100-101).

<sup>7</sup> A interpretação da Constituição e a mutação constitucional são dois aspectos de extrema importância, tendo em vista que resultam na revitalização e atualização da ordem constitucional. O debate maior, em torno da interpretação e da mutação constitucional, diz respeito aos limites de seu exercício e de suas resultantes. Mencionam-se os alemães Peter Häberle e Konrad Hess, e o chinês Hsü Dau-Lin, como autores que se destacam na abordagem do tema.

Entendida a importância da jurisdição constitucional e a função a ser por ela desenvolvida, adentra-se, no próximo subtópico, no estudo de a quem incumbe o seu exercício.

### **3 O exercício da jurisdição constitucional**

O poder sempre encantou (e desencantou) a humanidade. Os conflitos e a busca de autoridade, bem como os desvios no exercício do poder, a corrupção, o corporativismo, a busca de espaço político e de influência, sempre permearam a história humana. Esse fato ocorre destacadamente no seio do Estado, porquanto, na condição de figura central e absorvedor dos temas coletivos, representa a posição de evidência e de destaque dentro da sociedade.

Por conta desse precedente, estranhar-se-ia se inexistissem conflitos e disputas por posições dentro da estrutura estatal. Tendo em vista a defeituosidade inerente ao ser humano, nascido de forma egoísta, sozinho e individualista no ventre materno, além de criado com todos os caprichos e atenção, ou recebendo essa dose de egoísmo da própria sociedade ou das dificuldades porventura enfrentadas no decorrer da vida, observa-se que essa individualidade e a busca de seus próprios interesses acabam ocasionando desvios em sua conduta.

Sendo a classe política extraída do povo, composto justamente por essas pessoas inerentemente defeituosas, não causa espanto que ela carregue consigo certa dosagem de egoísmo.

Ao ser criado o Estado, evidencia-se - oriundo dessa classe política - o conluio e as manobras para o estabelecimento e a promoção pessoal sob o manto do poder público, buscando os governantes sempre uma maior concentração de poderes nas mãos.

Esses desvios no exercício do poder levaram, na história humana, ao desprezo para com os indivíduos e ao absolutismo estatal. O constitucionalismo aparece para combater esse Sistema de Estado e, mesmo depois de estabelecido o Estado de Direito, limitar essa ânsia de poder e de influência. A jurisdição constitucional, por sua vez, tem por função garantir e efetivar esses limites, podendo ratificar ou não um ato estatal.

Como dito no título anterior, não se pode esperar que a jurisdição constitucional seja completamente imune aos aspectos

políticos. Afinal, suas decisões podem ter reflexos nos assuntos políticos. O que não pode ocorrer é se tornar centro de manobras políticas.

A política, de fato, não pode ser apartada da jurisdição constitucional, mas o que mudou, a partir do constitucionalismo, foi a posição de supremacia, que passou da pessoa do governante para o Direito. A política teve de sucumbir aos interesses da ordem social, tendo em vista que passou a não mais ter a “liberdade dos monarcas ou parlamentos absolutistas, mas se sujeitava, ela própria, a vinculações jurídicas que deveriam garantir a justiça do direito criado pelo Estado” (GRIMM, 2006, p. 119).

Apesar de a formação inicial do Estado não estar condicionada a nenhuma atitude jurisdicional, a sua manutenção e estabilidade estão implicitamente ligadas ao trabalho da jurisdição constitucional, desde que legítima e exercida a contento, com competência, com qualidade, com lisura, sem jogo de interesses, nem influências externas. Que não seja corrompida. Que seja eficiente, célere, debelando rapidamente, por assim dizer, qualquer sinal de fogo destruidor que possa pôr em risco a estabilidade estatal ou social.

Criado o poder na estrutura do Estado Moderno e estabelecido o constitucionalismo e a supremacia da ordem constitucional, passando-se a entender que esta trouxe consigo a sua própria jurisdição, surgiu a questão sobre que pessoa ou órgão estatal deveria receber a incumbência de efetuar o controle de constitucionalidade.

Passou-se a indagar sobre quem deveria exercer esse controle, se essa designação deveria recair sobre um dos poderes estatais (Legislativo, Executivo ou Judiciário), ou sobre o chefe do Executivo, ou sobre um órgão colegiado diverso dos poderes típicos do Estado. Independentemente de quem recebesse a incumbência, seria necessário que tivesse a indispensável imparcialidade e independência, mantendo-se o mais afastado possível das influências políticas e dos interesses escusos. A jurisdição constitucional deve, portanto, se prender a uma “instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais” (BONAVIDES, 2003, p. 318).

Outro importante elemento para o correto exercício da jurisdição constitucional é a independência do órgão dela encarre-

gado. Essa independência, conforme a abordagem do professor José de Albuquerque Rocha, significa “a negação de sujeição a qualquer poder”, enquanto a imparcialidade implica que o “juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses”. Tanto a independência quanto a imparcialidade “são meios para a realização de um mesmo valor: a sujeição do juiz unicamente à lei” (1995, p. 28-30).

Deve-se frisar, contudo, que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade, que se torna uma retórica na medida em que nenhum ser humano está imune à escala de valores que acompanham a sua vida. Mas isso não impede que o julgamento seja imparcial.

Entre a teoria e a realidade, entretanto, fazendo com que a independência e a imparcialidade se transformem em algo real, efetivo e eficaz, exige-se o implemento de “mecanismos capazes de impedir a atuação dos fatores reais do poder, principalmente os de natureza político-econômica, influentes, como sabemos, em qualquer processo decisório, portanto, também no judicial” (ROCHA, 1995, p. 29).

Paulo Bonavides aponta ainda um problema que ronda a jurisdição constitucional: a questão da legitimidade. Para ele, é preciso fazer a distinção entre a legitimidade da jurisdição constitucional e a legitimidade no exercício dessa jurisdição. E acrescenta: “A primeira é matéria institucional, estática, a segunda axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o direito e a política” (2003, p. 318).

É indiscutível a legitimidade da jurisdição constitucional, tendo em vista ser extraída da própria Constituição. No entanto, é questionável a legitimidade do seu exercício, dependendo do órgão escolhido e do sistema em que está inserido, bem como de sua composição e forma de acesso.

De fato, a legitimidade do próprio sistema, como um todo, necessita de salvaguarda. Discorrendo sobre a legitimidade da norma jurídica – que envolve os textos constitucionais, por serem as normas primeiras do ordenamento – Arnaldo Vasconcelos, estabelecendo o ponto de toque com a justiça (no sentido duplo de lei e aplicação da lei), abordando a legitimidade do poder institucional do Estado, faz menção à “primazia da instância

da justiça sobre a instância da legitimidade”, concluindo que “é a verificação da ausência de justiça, que conduz ao reexame da autoridade do poder institucional” (2002, p. 257).

A justiça, assim como a legitimidade, é instância de valor, sendo que a justiça deve ser verificada tanto na elaboração quanto na aplicação da norma jurídica. A resultante desses momentos acaba servindo também como fator de avaliação da legitimidade institucional do poder. Tais instâncias de valor – justiça e legitimidade – envolvem também a Constituição, posto ser a Norma Jurídica Maior do ordenamento. O exercício de qualquer poder, para ser legítimo, tem de estar equidistante entre dois polos: do anarquismo, que advém do individualismo exacerbado, e do despotismo, no qual figura o poder ilimitado, a lei de um só para todos (VASCONCELOS, 2002).

A legitimidade e a justiça, por sua vez, são instâncias valorativas que devem caracterizar a jurisdição constitucional, porquanto seus posicionamentos exercem influência sobre toda a sociedade. Isso porque a ordem constitucional não cria, estrutura e representa apenas o Estado, sendo reflexo de toda a pluralidade social (DINIZ, 2002).

Essa grande responsabilidade e a elevadíssima função social da jurisdição constitucional torna complexa a definição do sistema e do órgão dela encarregado, sendo necessário verificar a sua compatibilidade com o sistema jurídico em que se encontra inserida, além de imprescindível identificar a psicologia, a história e a tendência política do povo, para somente depois eleger o melhor modo de organizar e definir o exercício dessa jurisdição.

Desse modo, passa-se à análise dos dois sistemas jurídicos que mais se notabilizaram na história da humanidade: o estadunidense, com a *common law*, e o europeu continental, com a *civil law*.

#### 4 Sistemas de jurisdição constitucional

Na história da humanidade é possível observar que foram desenvolvidos vários sistemas jurídicos, todos aplicados no interior dos diversos Estados, como o direito canônico, o direito hindu e o direito judaico. David observa que “Os diversos direitos exprimem-se em múltiplas línguas, segundo técnicas diversas, e

são feitos para sociedades cujas estruturas, crenças e costumes são muito variados”, sendo que entre eles há elementos variáveis e elementos constantes do Direito, além de possuir, cada sistema, suas características próprias, como vocabulário próprio, certos conceitos, categorias, técnicas, concepção da ordem social, modo de aplicação, função própria (1998, p. 15).

Apesar de existirem variados sistemas jurídicos, poucas foram as famílias do Direito que se desenvolveram, notabilizando-se os grupos da *common law* e da *civil law*, além da família dos direitos socialistas (DAVID, 1998).

A jurisdição constitucional, por sua vez, na condição de área jurídica de resolução de conflitos constitucionais, precisa estar adaptada e em consonância com o sistema jurídico adotado. A existência de incongruências entre a jurisdição constitucional e o sistema no qual está inserida pode levar à falta de legitimidade e à inefetividade de suas ações.

Daí ser importante abordar os dois mais adotados sistemas de jurisdição constitucional, o estadunidense (*common law*) e o adotado na Europa (*civil law*). Também pertine observar se é possível misturar a jurisdição constitucional de um com o sistema jurídico do outro. Primeiramente, há que se verificar os dois Sistemas e suas escolhas de jurisdição constitucional.

No âmbito dos sistemas de jurisdição constitucional tem-se o sistema de fiscalização política, do tipo francês, ainda seguindo os dogmas do constitucionalismo da França dos séculos XVII e XIX; o sistema de fiscalização judicial (*judicial review*), desenvolvido pelos Estados Unidos a partir de 1803; e o sistema de fiscalização jurisdicional, concentrado em um Tribunal Constitucional (MIRANDA, 2009).

O assunto tem plena ligação com o princípio da separação dos poderes e com o princípio democrático, além de com a confiança ou desconfiança histórica no trabalho do Poder Judiciário.

#### **4.1 Sistema estadunidense: controle constitucional difuso pelo Poder Judiciário**

No direito estadunidense, o controle de constitucionalidade é realizado de modo difuso, ou seja, todos os juízes podem ser provocados a se pronunciar sobre a constitucionalidade das

leis, e seu provimento se limitará às partes envolvidas. Essa difusão do controle, porém, é juridicamente coerente com o sistema adotado naquele país, no caso, a *common law*, que confere maior margem de interpretação aos magistrados, tendo em vista se basear nos precedentes judiciais.

Como todos os juízes, no sistema estadunidense, são competentes para o exercício da jurisdição constitucional, frisa-se que o julgamento por eles efetuado “parece estar em um meio termo entre o trabalho de um juiz ordinário e o de um juiz constitucional” (ROSENFELD, 2007, p. 227).

O constitucionalismo estadunidense nasceu da certeza de que a Constituição é a expressão direta da vontade popular, a encarnação do pacto social. Baseada na organização federativa, caberia à Constituição a função de regular as relações existentes dentro da federação.

No exercício do poder estatal, os estadunidenses, diferentemente dos europeus, sempre confiaram mais no Judiciário do que nos outros poderes, especialmente no Legislativo. Vários fatores contribuíram para isso, como a doutrina do chamado “realismo jurídico” (que destacava o papel ativo do juiz na criação do direito); o aparecimento histórico do juiz como superior ao legislador; a desconfiança para com a assembleia inglesa, cujas leis eram consideradas arbitrárias pelos estadunidenses; e a influência da *common law* inglesa, que é direito de origem judicial, apesar do declínio do judiciário na Inglaterra, fato não ocorrido em suas ex-colônias estadunidenses após a independência.

O fato é que o sistema estadunidense de controle de constitucionalidade não se consolidou por meio de estudos e da análise consciente da melhor opção, mas de forma natural, a partir da prática de seus juízes (ROCHA, 1995).

De acordo com a família jurídica da *common law*, predomina sobre a lei a interpretação judicial. Por mais rica que seja a atividade do legislador, seus comandos como que necessitam de ratificação judicial, passando pelo crivo da aplicação prática. Com isso, evidencia-se a supervalorização do trabalho dos juízes.

No direito estadunidense, essa proeminência e difusão judicial, que levaram a uma grande confiança no Poder Judiciário, têm ainda outras razões. Uma de raiz sociológico-colonial, outra de natureza geográfica e a última de natureza jurídica.

A epígrafe sociológico-colonial diz respeito à inexistência de juristas nas colônias estadunidenses, especialmente no século XVII, o que inviabilizava a sistematização e adaptação da *common law*. Vivenciava-se, portanto, a escassez de juristas e de magistrados devidamente treinados e com formação jurídica adequada. Num primeiro momento, como solução para o problema, pensou-se em realizar uma codificação, o que desnaturaria o pensamento jurídico inglês. No século XVIII, todavia, mudou-se o pensamento acerca da solução a ser adotada para o problema, especialmente pelo surgimento da necessidade de um direito mais evoluído e amadurecido e que destinasse proteção às liberdades contra o absolutismo. A independência estadunidense aconteceu nesse mesmo século (XVIII) e trouxe consigo o ideal de autonomia do direito estadunidense.

Juntando-se a independência com o movimento que já vinha se desenvolvendo no sentido de modificar a visão jurídica, valorizar a magistratura e formar os juristas próprios da América, mudou-se por completo o desenho jurídico estadunidense. A resultante desse movimento de valorização da magistratura foi a difusão e a confiança no trabalho judicial, delegando-lhe, inclusive, a jurisdição constitucional.

A razão de natureza geográfica que levou à difusão do trabalho judicial é a dimensão continental dos Estados Unidos da América, que, diferentemente da Inglaterra, não poderia ter seus poderes muito centralizados.

E o motivo de cunho jurídico diz respeito à forma federativa de Estado, que permitia e exigia a difusão do poder, sendo também diferente da forma unitária do Estado inglês (DAVID, 1998).

Esses fatores contribuíram para a difusão, a valorização e a confiança no trabalho judicial estadunidense. Mas o principal elemento que viabiliza essa difusão, incluindo a forma de interpretar e aplicar as leis, é o sistema da *common law*, que oferece considerável margem de liberdade ao juiz para exercer seu mister jurisdicional.

A difusão do controle de constitucionalidade estadunidense, contudo, não impede que determinado assunto seja decidido em última instância pela Suprema Corte. Mas esta, no uso de seu juízo de admissibilidade, pode não apreciar o caso, fazendo com

que prevaleça a decisão derradeira do tribunal *a quo*. A Suprema Corte, no entanto, é órgão componente do Poder Judiciário, não tendo a mesma natureza do Tribunal Constitucional europeu.

Assim, no sistema estadunidense é atribuído ao Poder Judiciário, de forma difusa, exercer o controle de constitucionalidade, havendo, para o correto desempenho dessa função, a liberdade interpretativa legada pelo sistema da *common law*.

## 4.2 Tribunal constitucional (sistema austríaco ou europeu)

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, o Poder Judiciário na Europa passou a ser alvo de desconfianças, tendo ocorrido a sobrevalorização da atividade legislativa. Em vez de haver o controle judicial sobre a legislação, o Judiciário é que passou a ser alvo de limitações. Esse fenômeno se deu, principalmente, com relação ao exercício da jurisdição constitucional, não atribuído ao Judiciário, mas a um órgão distinto e fora dos poderes estatais criado com esse fim.

Pelo que parece, a desconfiança dos europeus para com o Judiciário remonta ao pensamento revolucionário de 1789, porquanto, sob o antigo regime absolutista, os tribunais eram reacionários e corporativos, sendo parciais em proteger privilégios indevidos. O Legislativo, na visão dos revolucionários, representava o povo (entenda-se, burguesia), diversamente do proposto na doutrina de Montesquieu, em que o Legislativo era representante de uma casta privilegiada.

Outro aspecto que deve ser levado em conta no caso europeu é que diante dessa hegemonia do legislador e da existência de uma só classe social, a Constituição não aparece como instrumento de estabilidade, tendo em vista que esta se encontra nas leis, não carecendo o Legislativo de controle. Além disso, as constituições têm por meta conter o absolutismo e não o parlamento, resultando que este não necessita de limites.

No sistema constitucional europeu, portanto, havendo a proeminência do legislador, quem precisava ser limitado e controlado era o Judiciário. Essa fiscalização passou a ser feita pelo Legislativo por meio de uma Corte de Cassação. Sob o império da lei, o Judiciário se tornou um mero aplicador dos comandos legais, passando-se a viver dentro da estrita legalidade. Criou-se

a “escola da exegese” e o “juiz boca da lei”. Surge o fenômeno da codificação (ROCHA, 1995).

Observa-se, então, o alijamento do poder criativo do juiz, partindo-se do falso pressuposto de que todas as situações eram previstas e reguladas na lei, não havendo necessidade de que os magistrados fizessem qualquer interpretação mais extensiva, bastando a mera leitura gramatical do texto e a sua aplicação ao caso concreto. Com a desconfiança existente sobre o trabalho judicial, em que nem mesmo a lei poderia ser interpretada, mas tão somente aplicada, a jurisdição constitucional passou longe da competência do Judiciário.

A ideia de um Tribunal Constitucional como órgão jurisdicional não pertencente nem ligado a nenhum dos três poderes ganha força no segundo pós-guerra, especialmente com o novo constitucionalismo adotado em Weimar. Seu idealizador e primeiro doutrinador foi Hans Kelsen. Sabedor de que não era possível importar dos Estados Unidos o sistema adotado naquele país, nem mesmo o sistema da sua Suprema Corte, Kelsen defendeu a necessidade de se criar um sistema de controle de constitucionalidade compatível com o sistema jurídico romano-germânico (SOUZA JÚNIOR, 2002).

O sistema de direito da família romano-germânico traz consigo preceitos especialmente fundamentados nos ditames do direito civil, sendo que o fenômeno da codificação e do positivismo legislativo surgiu com as ideias iluministas e com as revoluções, notadamente a Revolução Francesa. Enquanto na *common law* vale a sistemática do *stare decisis*, predominando os precedentes judiciais, sob a família romano-germânica prevalece a *civil law*. Enquanto nos Estados Unidos a Constituição é sagrada, na Europa é a lei que é sagrada (VIEIRA, 2008).

Para Hans Kelsen, se a Constituição havia de ser controlada, tal função não poderia ser entregue a um dos poderes, que justamente seriam alvo desse controle. Afinal, ninguém pode ser juiz em causa própria. E como esse controle visa proteger a Constituição de violações, e o monarca era quem mais a ameaçava, necessário seria a criação de um órgão imune e abstraído dos poderes do Estado (2007).

Criava-se, então, o Tribunal Constitucional, como encarregado de exercer a jurisdição constitucional e como meio mais

compatível com o sistema jurídico romano-germânico, tendo em vista que este acaba tolhendo a liberdade criativa dos juízes. Essa Corte Constitucional não faz parte do Judiciário e tem atribuições estritamente constitucionais.

O sistema kelseniano de Tribunal Constitucional é adotado em vários países, como Áustria, Espanha, Portugal, Peru, México, Chile, Equador e Uruguai, mas nem todos os países da Europa o utilizam (LIMA, 2009). O destaque maior desse sistema encontra-se na Alemanha.

### **4.3 Sistema francês: controle político**

No âmbito dos sistemas de jurisdição constitucional, não se pode deixar de mencionar a existência de um terceiro sistema, menos usual, mas muito arraigado na França por conta do apego aos dogmas revolucionários e pela persistência da desconfiança sobre o trabalho jurisdicional fora do parlamento.

Assim, o sistema francês é do tipo político, sendo exercido pelo próprio parlamento por meio do Conselho Constitucional. Esse sistema é também adotado na Holanda e em alguns países da Ásia e da África (MIRANDA, 2009).

### **4.4 A anomalia resultante da junção de sistemas**

Ao se estudar os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* é possível concluir que não é coerente que um possa utilizar o sistema de jurisdição constitucional do outro, porquanto as raízes da formação jurídica são diferentes para cada um deles, assim como são diversos os modos de resolução dos conflitos.

A formação jurídica na *common law* tem por base a liberdade interpretativa, mais liberta das amarras da lei, enquanto na *civil law* prevalece a tendência ao positivismo jurídico, submetendo-se o magistrado à vontade legislativa.

Com isso, o modo de resolução dos conflitos é também diverso para um e para o outro, porquanto é patente a margem de criação judicial do direito na *common law*. Não havendo o império da lei, coerente com ele é o sistema do controle difuso de constitucionalidade, posto a não prevalência do Legislativo sobre o Judiciário.

Do outro lado, como o juiz da *civil law* está ligado ao positivismo jurídico, mais subordinado à lei, no caso, à vontade do legislador, não faria sentido a aplicação do sistema difuso de controle de constitucionalidade, tendo em vista que o magistrado não teria a independência necessária para julgar conflitos entre poderes.

A questão que emerge é a da busca de equilíbrio e controle no exercício do poder. Se ao Judiciário, na condição de um dos poderes estatais, cabe a função do controle de constitucionalidade, não pode estar submetido à vontade legislativa. Do contrário, não haverá efetivo e eficaz controle de constitucionalidade. Se o Judiciário estiver sob o jugo da lei, não pode ser o encarregado do controle de constitucionalidade, devendo ser criado um órgão distinto dos poderes estatais para que esse controle seja legítimo e eficaz.

Assim, o controle de constitucionalidade difuso não é compatível com a *civil law*, não havendo lógica nem coerência na mistura entre um sistema jurídico de um com o sistema de jurisdição constitucional do outro.

## **5 Incoerências da jurisdição constitucional brasileira e a (i)legitimidade do Supremo Tribunal Federal**

Observando-se o sistema jurídico-constitucional brasileiro, constatam-se incoerências entre a jurisdição constitucional e o sistema jurídico adotado e a formação de sua magistratura.

Isso porque no Brasil fez-se justamente a mistura indevida entre o sistema jurídico adotado, no caso, da *civil law*, com o sistema difuso de controle de constitucionalidade, tendo como encarregado o Judiciário, imaginando-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal poderia fazer o papel de efetiva Corte Constitucional.

Pela formação jurídica do magistrado brasileiro, de submissão à lei, sem margem para criação do direito, torna-se ineficaz a jurisdição constitucional pátria, não havendo a real interpretação e revitalização da ordem constitucional (ROCHA, 1995).

A situação brasileira ficou ainda mais anômala com a inserção do instituto da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n° 45/2004, posto que, com ela, retira-se por completo

a independência e qualquer possibilidade criativa dos juizes quanto à interpretação e revitalização do direito (ROCHA, 2009), principalmente da ordem constitucional, tornando ainda mais incompatível o controle difuso com o sistema brasileiro.

Sendo a *civil law* o sistema jurídico adotado no Brasil, exige-se a criação de um Tribunal Constitucional nos moldes europeus, o que traria legitimidade e eficácia à jurisdição constitucional pátria. Um órgão constitucional diverso dos três poderes, especialmente não ligado ao Poder Judiciário, com natureza democrática e poder político e sociológico para efetivar o real controle da ordem constitucional e dos conflitos entre poderes, realmente traria legitimidade ao controle de constitucionalidade no Brasil (ROCHA, 1995; GUERRA FILHO, 2007).

No Brasil, apesar de adotado o sistema jurídico da *civil law*, não se optou pela criação de um Tribunal Constitucional especial, ocasionando graves distorções em sua jurisdição constitucional. Com isso, o Poder Judiciário brasileiro acumula a função judicial ordinária e extraordinária, além de assumir também, de forma difusa e concentrada, a jurisdição constitucional.

O Supremo Tribunal Federal é a Corte Constitucional brasileira, mas seu formato não é compatível com o sistema europeu, contrariando a lógica e a solução que melhor se adequaria ao sistema jurídico adotado no País. Esse órgão supremo acumula as competências extraordinária e constitucional, estando sempre assoberbado de processos, ficando impossibilitado de se especializar no aspecto constitucional. Resultado disso é a falta de efetividade e eficácia de suas decisões em matéria constitucional. Outro grave problema é a influência política danosa e a ausência de real controle sobre os conflitos constitucionais, especialmente entre os poderes, justamente por ser Tribunal componente do Poder Judiciário. Falta-lhe, portanto, legitimidade constitucional.

A legitimidade constitucional é problema de consenso, ou seja, a ordem democrática e o pluralismo, dentro de um consenso social, formam “o eixo da normatividade, o liame da juridicidade com a facticidade, o traço da união do constitucional com o real”, sendo que a Constituição de um Estado é, para o cientista político, instrumento de governo na defesa efetiva dos interesses da coletividade, enquanto que, para o jurista, ela é norma (BONAVIDES, 2004, p. 326-327).

No entanto, especificamente no caso brasileiro, a legitimidade constitucional tem passado por graves crises no decorrer de sua história, situação que insiste em não deixar de existir, sendo recorrente. Esse consenso constitucional deve existir entre os poderes estatais, constituindo uma zona intermediária a ser ocupada e concentrada justamente num órgão democrático e independente de controle da ordem constitucional.

Ensina Paulo Bonavides que a crise de legitimidade constitucional no Brasil tem origem em alguns fatores, como o retardamento político; a sociedade patriarcal e oligárquica, que evita a democracia participativa (a exemplo da Constituinte de 1987, que deu azo à Carta Federal de 1988, que evitou “o encontro do povo com sua própria soberania”); o retardamento do processo econômico; e as dificuldades do sistema capitalista. O que há, na verdade, é uma crise constituinte, pois falta o *consensus constitutionis*, sem o qual não se pode falar em normatividade constitucional, sendo que a participação dos grupos sociais e do cidadão “faz parte das esferas constitucionais e fundamenta uma nova legitimidade” (2004, p. 328-333).

A falta de legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, além da questão da incoerência entre o sistema jurídico adotado e a falta de participação democrática, é reforçada pela falta de independência do Judiciário.

O Poder Judiciário brasileiro, na forma como se encontra estruturado, pende mais para fomentar o anarquismo, pois sua atuação é tendenciosa para acobertar os interesses individuais. Tudo isso pelo fato de que a Constituição Federal de 1988, por não ter o constituinte observado (e por continuar a não observar) os fatores éticos, culturais e sociológicos do povo, deixa margem para a corrupção e para os desvios políticos. Com isso, fica comprometida a jurisdição constitucional brasileira. Esse anarquismo é resultante da falta de independência dos membros do Judiciário. A independência é de extrema importância para a efetiva realização das funções judiciais. Sem ela o Judiciário será apenas um fantoche nas mãos de alguns. Essa falta de independência reflete negativa e prejudicialmente na jurisdição constitucional pátria.

Por meio de sua obra *O Poder dos Juizes*, Dalmo de Abreu Dallari enfatiza que “longe de ser um privilégio para os juizes, a

independência da magistratura é necessária para o povo” (2008, p. 47). Mencionando os “inimigos da magistratura independente”, aborda os obstáculos à independência e os meios para conquistá-la e preservá-la, sendo incisivo em enfatizar a parcela de culpa dos próprios magistrados e a parcela de culpa dos fatores externos, estabelecidos na própria Constituição Federal.<sup>8</sup>

Discorrendo sobre os inimigos da independência do Judiciário, enumera as (1) ditaduras; as (2) estruturas sociais e políticas antidemocráticas, dentre elas o que ele chama de “ditaduras constitucionais”, que amparam a legalidade estrita; as (3) agressões psicológicas e físicas a membros da magistratura; e a (4) conduta omissiva e comissiva de magistrados que renunciam a sua independência, sendo cúmplices, por não exercerem as funções da jurisdição, especialmente de criação do Direito (DALLARI, 2008).

Discorrendo, porém, sobre o outro lado da moeda (ou verdadeira essência da moeda), Dallari ensina sobre a corrupção no Judiciário (2008, p. 52-62):

O que tem havido com maior freqüência no Brasil são mais casos de corrupção de magistrados do que de violência contra eles. Os corruptores podem ser pessoas ou empresas com altos interesses econômicos dependentes de decisão judicial ou que estão celebrando contratos de elevada expressão econômica com algum órgão do Poder Judiciário, havendo também casos em que os corruptores são políticos e governantes sem escrúpulos. Neste caso a corrupção é feita, geralmente, com certa sutileza, ou por meio de homenagens que afagam a vaidade de magistrados e tribunais ou com o disfarce de colaboração recíproca no interesse público, colocando em altos cargos de governo pessoas que possam influir para abrandar ou anular os rigores legalistas da magistratura.

---

<sup>8</sup> “Existem casos em que os inimigos da magistratura independente agem abertamente contra ela, mas há situações em que a destruição dessa independência é feita com disfarces mais ou menos sofisticados, podendo até assumir a aparência de homenagem a juizes e tribunais. E ocorrem situações em que os próprios magistrados, por ingenuidade ou leviandade, assumem a condição de cúmplices dos que promovem a desmoralização da magistratura, associando-se a demagogos e corruptos, acobertando ilegalidades de governantes, em troca de vantagens pessoais que nada têm a ver com a melhoria das condições de trabalho dos juizes e tribunais. Nesses casos os juizes é que são os principais inimigos da independência da magistratura.” (DALLARI, 2008, p. 47).

Na prática o que se tem visto é que muitos juizes aceitam sem revolta e até mesmo com satisfação e alívio a falta de independência, invocando como desculpa os fatores de condicionamento e limitação de suas decisões sempre que questionados.

O professor José de Albuquerque Rocha, em suas obras *Estudos Sobre o Poder Judiciário e Teoria Geral do Processo*, discorre acerca do quadro desse poder republicano.

Dentre outros pontos, frisa que a independência do Judiciário deve ser vista sob dois ângulos: a independência política e a independência administrativa. Na independência política encontra-se a própria função jurisdicional, sendo política por envolver a sua “relação com o exercício do poder estatal” e por ter a “finalidade política, qual seja, a defesa da liberdade”. Acerca da independência administrativa, indica que se refere à capacidade de autogoverno, “exercido pelos tribunais de maneira autocrática, o que contradiz o princípio democrático”, havendo a “necessidade de democratizar o exercício do poder no interior do Judiciário a significar a participação de representantes de todos os segmentos da magistratura e da sociedade” (ROCHA, 2003, p. 108-109).

Em adição, explicita os motivos da falta de independência funcional dos magistrados: 1) indicação política para a magistratura da União, no caso, para os Tribunais Superiores; e 2) “relação de subordinação administrativa entre os juizes do 1º grau e os membros dos tribunais”. A questão é que

[...] como o tribunal que administra a carreira do juiz é o mesmo que revê suas sentenças, através dos recursos, a dependência administrativa determina dependência funcional, já que ao decidir não está livre dos temores das represálias ou das expectativas dos favores daqueles que detêm o controle de sua carreira, [...] (ROCHA, 2003, p. 142-143).

Nesse sentido, impende enfrentar objetivamente a questão da origem dessa falta de independência, cujas razões são oriundas de quatro fatores: comodismo da magistratura, autocracia, dependência financeira em relação aos demais poderes e indicação política.

No *comodismo* está envolvida a ausência de vontade e de coragem para enfrentar a realidade social e estabelecer as conquistas sociais em face dos interesses das classes mais favorecidas, que mantém o povo marginalizado e fora das esferas do poder. Nesse item está a questão do positivismo jurídico, porquanto seja do interesse dos governantes que o Judiciário não tenha forças para interpretar a lei, vivificar a lei, humanizar a lei, suplementar a lei e rejuvenescer a lei. Aqui a culpa é dos próprios magistrados que, ao serem aprovados num concurso público, acham-se endeusados e parecem desconsiderar a necessidade de estudo e aperfeiçoamento contínuo, demonstrando uma atitude omissiva.

O problema da *autocracia* reside na questão da promoção dos juizes de primeiro grau, que se encontra nas mãos dos tribunais, acabando por influenciar a atuação jurisdicional na instância inicial; e no fato de a eleição para a presidência dos tribunais ser realizada apenas entre seus membros. O comodismo, por sua vez, encontra combustível nessa influência deslumbrante de quem manda dentro dos Tribunais.<sup>9</sup>

A *dependência financeira* também contribui para as nefastas influências dos outros dois poderes e da pressão sobre as decisões judiciais.

O *acesso político* é observado pela forma de ingresso a todos os Tribunais que compõem o Poder Judiciário, chegando, inclusive, ao Conselho Nacional de Justiça. O acesso aos Tribunais pela forma política inclui a via do quinto constitucional. Apesar de objetivar uma suposta democratização dos Tribunais, garantindo a representatividade da advocacia e do Ministério Público, a decisão do quinto constitucional tem viés político, deixando suas amarras políticas sobre os indicados e retirando-lhe a independência.

---

<sup>9</sup> O professor Rocha explicita o caráter autocrático para a escolha dos componentes dos tribunais como motivo adicional para a falta de independência funcional dos magistrados, sendo que essa autocracia tem vários reflexos indesejados: (1) é incompatível com o princípio democrático; (2) hierarquiza o Judiciário; e (3) induz a considerar as decisões dos Tribunais mais importantes que a dos juizes singulares, acabando por influenciar as decisões destes, retirando-lhes a independência. A preocupação com as promoções pelo fenômeno do “carreirismo” e a ausência de liberdade para decidir acabam retirando do magistrado a independência e, por vezes, a própria imparcialidade (1995).

Frisando além do aspecto político do acesso, o elemento oligárquico e a presença da corrupção no Judiciário, ensina o professor José de Albuquerque Rocha (1995, p. 51):

A composição dos tribunais não obedece aos procedimentos democráticos, já que seus membros são escolhidos pelo próprio tribunal. *Esse modo de formação dos tribunais transforma-os em uma oligarquia*, ou seja, em um pequeno grupo que governa em seu próprio nome, dominando, de forma incontestável, o governo da instituição judiciária, sem nenhuma dependência dos demais interessados.

A experiência histórica mostra que *o exercício do poder sem controle leva, fatalmente, ao seu abuso e desvio, produzindo uma série de vícios, entre os quais aquele que, em termos muito gerais, chamamos de corrupção, em suas inúmeras modalidades.*

Os tribunais brasileiros, como entidades oligárquicas, que concentram em si todo o poder administrativo do Judiciário, não podiam fugir à regra geral do abuso e do desvio do poder. Resultado disso é a avalanche de denúncias, cada vez maior, de abusos e desvios de poder praticados pelos tribunais, evidenciando a existência de sérias distorções morais no comportamento de seus membros.

O modo como está estruturado termina por indicar que o Judiciário brasileiro não se encontra apto para o exercício da jurisdição constitucional, tendo em vista seu papel na manutenção do poder nas mãos dos membros do Executivo e do Legislativo, bem como dos componentes dos próprios Tribunais, tudo isso somado à falta de independência funcional dos juizes de primeiro grau.

Quando o trabalho judicial chega aos Tribunais, verificam-se, além desse quadro, as amarras políticas e a tendência de pressionar a atuação da primeira instância, fazendo com que tenham solo fértil ao aparecimento da corrupção e do corporativismo.

Todo o elenco de problemas e desvios percorridos, que repousa sobre o Poder Judiciário pátrio, acaba refletindo na efe-

tividade e eficácia da jurisdição constitucional, já que esta, no Brasil, é difusa, pois todos os juízes podem se manifestar acerca da constitucionalidade das normas.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal fosse o único órgão judicial a fazer o controle de constitucionalidade no Brasil, restaria comprometida a jurisdição constitucional pátria, porquanto essa Corte Constitucional apresenta as anomalias mencionadas, sendo componente do Judiciário, porém influenciado pelo Executivo e pelo Legislativo (visto ser formado por indicação e aprovação dos outros dois poderes), não sendo órgão exclusivamente constitucional (nos moldes europeus) e, por tais razões, estando comprometido politicamente e sem a necessária independência.

Com isso, tendo em vista que o sistema adotado no Brasil é o da *civil law*, correto seria, para que a sua jurisdição constitucional fosse legítima e eficaz, a criação de um Tribunal Constitucional nos moldes europeus: um órgão não ligado e nem formado por indicação ou aprovação de nenhum dos três poderes estabelecidos. Não haveria a violação material da Constituição Federal, porquanto a separação dos poderes não deixaria de existir, apenas sendo criado um órgão protetor da Constituição e de arbitragem dos conflitos entre os poderes estabelecidos.

## 6 Considerações finais

É indubitosa a importância da jurisdição constitucional para a manutenção e estabilidade das instituições que compõem o Estado de Direito.

Mas essa estabilidade não será mantida se a atividade dessa jurisdição especial não for realizada de maneira legítima, independente, democrática e compatível com o sistema jurídico adotado.

Qualquer anomalia ou influência danosa sobre o trabalho da jurisdição constitucional poderá retirar-lhe a eficácia e a efetividade, deixando a ordem constitucional vulnerável a crises e a manobras iníquas de natureza política, além de produzir uma paralisia nefasta na importante revitalização da ordem jurídico-constitucional.

Não restam dúvidas de que no Brasil evidencia-se essa vulnerabilidade e essa paralisia. Além de não existir um Tribunal

exclusivamente Constitucional no País, compatível com o sistema jurídico adotado (da *civil law*), se inseriu no cenário mais uma agravante – o poder normativo do Supremo Tribunal Federal, por meio da edição das súmulas vinculantes, maior até que o da função legislativa típica e até da própria Constituição da República. Esse poder normativo sepultou por completo (ou está sepultando aos poucos) qualquer atividade criativo-interpretativa dos juízes e a sua indispensável independência.

Esse quadro deixa ainda mais à deriva a jurisdição constitucional brasileira, conquanto falte ao Supremo Tribunal Federal a legitimidade como Corte Constitucional e, ainda mais, para exercer esse poder normativo, sendo órgão de convergência de interesses políticos e mercadológicos.

A transformação do Supremo Tribunal em instância última do Judiciário, deixando de atuar como Corte Constitucional e sem possuir poderes normativos, e a criação de um Tribunal exclusivamente Constitucional, fora do Judiciário, encarregado do exercício do controle de constitucionalidade e composto de membros livres de indicações dos outros poderes, são medidas necessárias para que se legitime a última palavra em termos de jurisdição constitucional. Em consonância, seria também compatível com o objetivo de legitimar a jurisdição constitucional difusa a retirada da vinculação a súmulas, pois tal poder suprime ainda mais a independência dos juízes nas instâncias inferiores.

Não se deseja aqui estabelecer que tais medidas seriam a panaceia para o problema da resposta jurisdicional que espera a sociedade, pois outras precisam ser tomadas em conjunto, a exemplo da necessária (e eterna) revisão do sistema recursal. Mas aceitar uma jurisdição constitucional que amarra o poder dos juízes e se concentra num órgão que sofre ingerências políticas, inserida num sistema que com ela não se compatibiliza, implica colocar em segundo plano os valores e expectativas sociais, que acabam não concretizados.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição.** 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Tradução do alemão de Alexandre Krug; tradução do italiano de Eduardo Brandão; e tradução do francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira:** estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia.** São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSENFELD, Michel. O julgamento constitucional na Europa e nos Estados Unidos. In: TAVARES, André Ramos (Coord.).

**Justiça constitucional:** pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder:** uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



# ANÁLISE SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.101/2005 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88

## SYSTEMATIC ANALYSIS OF LAW Nº 11.101/2005 IN LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 88

**Igor Brandão Feitosa de Carvalho**

Assessor Administrativo da PRODESP/PGM.

Advogado.

E-mail: igorbfcarvalho@hotmail.com

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A elaboração da Lei nº 11.101/2005; 3 A Lei nº 11.101/2005 à luz da Constituição Federal; 3.1 Hermenêutica da ordem econômica constitucional; 3.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao processo falimentar; 3.3 Análise constitucional da Lei nº 11.101/2005; 4 Considerações finais; Referências.

**Contents:** 1 Introduction; 2 The making of Law n. 11.101/2005; 3 The Law n. 11.101/2005 in light of the Federal Constitution; 3.1 Hermeneutics of constitutional economic order; 3.2 Constitutional principles applied to bankruptcy's due process; 3.3 Constitutional analysis of Law n. 11.101/2005; 4 Final considerations; References.

**Resumo:** A Lei nº 11.101/2005 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a recuperação judicial e extrajudicial de empresas. Sua chegada foi muito aguardada e debatida no âmbito econômico nacional, pois visava solucionar os problemas das empresas economicamente viáveis que passavam por dificuldades financeiras e econômicas. Sua receptividade, contudo, ficou aquém do desejável, na medida em que poucas ações tratando de recuperação judicial foram ajuizadas desde então. Teoriza-se que dentre as causas para tal fato estão a onerosidade que a instauração do processo acarreta e a excessiva autonomia conferida aos credores, com o Judiciário atuando, na maior parte das vezes, em função meramente homologatória. Teoriza-se, ademais, que o diploma normativo em comento não está em conformidade com o ordenamento

constitucional. Este artigo se propõe, assim, usando como metodologia a análise sistemática dos dispositivos da Lei nº 11.101/2005 em face da Constituição Federal, a buscar tese voltada ao equilíbrio entre as partes, à maior autonomia do juiz - para, inclusive, declarar de ofício instrução pericial - e à prestigiação do princípio da isonomia como mecanismos balizadores da efetividade do processo de recuperação de empresas. Ao final, conclui-se que a Lei nº 11.105/2005, apesar de ser evidente avanço em relação à legislação anterior, acaba por também violar princípios constitucionais, ao concentrar poder nas mãos dos credores e ao conceder ao Judiciário papel meramente homologatório, fazendo-se necessário esforços legislativos para contrabalancear essa realidade.

**Palavras-chave:** Lei nº 11.101/2005. Falência. Recuperação. Princípios Constitucionais. Processo Falimentar.

**Abstract:** The Law n. 11.105/2005 introduced in Brazilian's legal system the judicial and extrajudicial recuperation of businesses. Its arrival was very anticipated and discussed within the national economics scope, for it aimed to solve the problems of financially viable companies which were in financial and economic difficulties. Its receptivity, however, was below expectations, because few judicial actions involving judicial recuperation were proposed since then. It is theorized that among the causes for this fact are the financial burden that its proposal causes to the companies and the excessive autonomy granted to creditors, with the Judiciary acting, most of the times, in a mere ratifying role. It is theorized, in addition, that the law in comment is not in conformity with the constitutional system. It is further proposed, therefore, thesis on the balance between the parties and to a greater autonomy to the judges - to even declare forensic instruction without ado - and to the prestige of the principle of equality as the balancing mechanisms to the effectiveness of the recuperation of companies. This article proposes, therefore, by using as methodology the systematic analysis of the clauses in 11.101/2005 Law before the Federal Constitution, to find a thesis that aims balancing the parties, and to a greater autonomy to the judges - to even declare forensic instruction without ado - and to the prestige of the principle of equality as the balancing mechanisms to the effectiveness of the recuperation of companies. In the end, the conclusion is that the 11.105/2005 Law, despite being an evident advance compared to the previous legislation, in the end also violates constitutional principles, by concentrating power at the creditors hands and offering to the Judiciary a mere ratifying role. It is necessary, therefore, to expend further legislator efforts in order to counterbalance this reality.

**Keywords:** Law nº 11.101/2005. Bankruptcy. Recovery. Constitutional Principles. Bankruptcy process.

## 1 Introdução

É lugar comum ressaltar a importância que a atividade empresarial assume para o desenvolvimento econômico de um país. Evidência empírica dessa assertiva encontra-se na própria Constituição Federal, a qual, em seu título “Da Ordem Econômica e Financeira”, consagra a livre iniciativa econômica e a valorização do trabalho humano - incluído, aí, não só o executado pelo trabalhador empregado, mas pelo próprio empresário - como forma de garantir o desenvolvimento da iniciativa privada.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, na qual se regulamentou a recuperação judicial de empresas como mecanismo para salvaguardar a economia nacional ao fornecer condições às empresas em problemas financeiros de se reestruturar e manter-se em funcionamento. Contudo, a criação desse instituto não surtiu os efeitos esperados, a julgar pela baixa quantidade de pedidos de recuperação pugnados em juízo desde a publicação da lei em comento. Consta-se uma série de empecilhos para sua efetivação, dentre os quais o alto custo para o levantamento das causas da crise e não pagamento dos profissionais habilitados nos autos, e a excessiva autonomia dos credores para decidir o destino da empresa devedora.

Pode-se afirmar que a raiz do problema está no fato de que a lei de recuperações judiciais não primou por prestigiar a isonomia entre as partes envolvidas no processo de recuperação. A decisão sobre a concessão ou não do plano de recuperação, na prática, cabe precipuamente aos credores. Não se pode olvidar que esses, por vezes, ressentem-se da situação do empresário inadimplente, desinteressam-se por acompanhar a situação ou mesmo buscam efetivamente prejudicá-lo por despeito ou vingança.

Considerando tal realidade, este breve trabalho busca realizar uma análise sistêmica da Lei nº 11.101/2005 diante do ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao sopesamento dos princípios e garantias constitucionais aplicáveis ao empresário e à empresa a recuperar.

Para tanto, inicialmente se discorre brevemente sobre o contexto de elaboração da Lei nº 11.101/2005, abordando-se a voo de pássaro os princípios basilares que a orientaram.

Ato seguido, trabalha-se na análise sistemática da lei referida com a Constituição Federal à guisa de se apresentar algumas conclusões próprias sobre sua constitucionalidade. Por fim, realiza-se um levantamento da efetividade do instituto da recuperação judicial à luz do resultado da pesquisa.

## **2 A elaboração da Lei nº 11.101/2005**

Não é desarrazoado afirmar que o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que regia os institutos da falência e da concordata no direito brasileiro, não mais cumpria sua função social. Ocorre que o diploma legal referido vinha sendo utilizado em um contexto socioeconômico totalmente diverso do de quando foi criado. À época, o Brasil possuía um parque industrial minúsculo, e sentia ainda os efeitos da Segunda Guerra Mundial, recém-finda.

O diploma normativo em estudo, pois, se encontrava defasado e mostrava-se inadequado às necessidades de manutenção da vida da empresa em vias de concordata, ou mesmo na sua rápida liquidação para garantir o crédito dos credores. Regia situação morosa, onerosa e prejudicial tanto aos cofres do Estado quanto ao próprio devedor, que raramente via fim satisfatório.

Esse o contexto no qual surgiu a Lei nº 11.101/2005, nascida com a difícilíssima missão de regular e organizar o procedimento falimentar no Brasil, bem como de introduzir a recuperação judicial como alternativa à concordata. O trâmite do projeto de lei que a instituiu demorou 11 anos.

O Projeto de Lei nº 4.376/93, que a instituiu, proposto sob a iniciativa do Poder Executivo, sofreu inúmeras emendas em sua tramitação, fruto da forte pressão exercida pelas entidades representativas do comércio, da indústria e das instituições financeiras, todas, logicamente, detentoras de nítido interesse na questão.

Finalmente, o projeto foi sancionado pelo presidente da República no dia 9 de fevereiro de 2005, passando a vigorar no

dia 9 de junho de 2005, valendo para todos os pedidos de declaração de falência a partir de então.

No relatório do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 71/2003 (de nº 4.376/93, na Casa de origem), o relator destacou uma série de princípios que deveriam orientar a nova lei a ser aprovada, brevemente abordados na sequência:

– **Preservação da empresa:** No Direito Falimentar, uma das maiores preocupações dos juristas sempre foi a busca por meios de evitar a “quebra”, historicamente efetivada, no entanto, tendo em vista primordialmente os interesses dos credores ou dos devedores, sem atentar para a função social da empresa. Com a nova lei, buscou-se prestigiar o funcionamento das empresas insolventes atentando para o impacto que o fechamento de suas portas acarretaria ao mercado e aos trabalhadores daquela.

Calixto Salomão Filho (1998, p. 32), ao abordar os diversos interesses envolvidos na empresa, afirma:

[...] O interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim, - ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente – e aqui eficiência é a distributiva, e não a alocativa – as relações jurídicas que cria.

Vê-se, pois, na convergência dos ensinamentos do doutrinador em estudo, que a nova lei buscou, em sua origem, prestigiar o preceito constitucional do artigo 170 da CRFB/88, é dizer, a liberdade de iniciativa mediante a valorização do trabalho humano, mesclando a ordem puramente capitalista de um teor marcadamente social.

– **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** Sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, na impossibilidade de pagamento do passivo quirografário e da preservação da atividade, tanto o empresário como a empresa, na prática, tinham sua falência decretada, visto que a concessão da concordata requeria o exame da conduta do empresário, realizado pela análise de uma série de critérios legais. Tal normatização já era criticada por Requião na vigência do Decreto-Lei *sub judice*:

Seria, em nosso entender, deplorável que a sociedade, como uma pessoa jurídica, fosse impedida de obter concordata porque um sócio-gerente ou diretor tivesse praticado um dos crimes constantes da enumeração da alínea III do art. 140. Os demais sócios e acionistas sofreriam a punição, violando-se o princípio fundamental de que a punição não deve passar da pessoa do criminoso. Sustentamos, pois, que a sociedade comercial pode impetrar concordata, muito embora seus dirigentes, a essa altura destituídos pelos acionistas, tenham sido condenados pela prática de delito impeditivo de concordata. Os dirigentes que os substituírem poderão requerer a concordata, dando cumprimento à decisão da assembleia geral respectiva. (1995, p. 31, v. 2).

A nova lei, assim, inspirada nas hodiernas correntes do direito comercial, visou delinear claramente os conceitos de empresa e de empresário, definindo este como o sujeito que exerce atividade empresarial, e aquela, como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A principal novidade produzida por essa inovação paradigmática foi que a recuperação da empresa, em tese, não pressupõe a recuperação do empresário, que poderá ser afastado caso se verifique ser esse procedimento necessário.

– **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis e retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:** Os princípios recém-mencionados são complementares entre si. Pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, a concessão da concordata lastreava-se em presunção de insolvência, com base nos fatores enumerados em seu artigo 2º. A lei nova, por sua vez, voltou-se a lastrear a concessão de recuperação judicial com a análise das causas que potenciaram a crise econômica da empresa, visando garantir que aquelas aptas a recuperar-se pudessem manter-se funcionando durante o processo de recuperação.

Ora, essa iniciativa representa avanço significativo a aterrisar a ideia de recuperação da empresa. A análise pormenorizada dos fatos que ocasionaram sua insolvência permite aos especialistas verificar sua viabilidade econômica, vital para que se possa “separar o joio do trigo”. Feita a análise, viabiliza-se a

recuperação das empresas que apresentarem condições de reerguer-se. Do mesmo modo, na hipótese de que se conclua que a recuperação causará mais prejuízos que lucros às partes envolvidas, proceder-se-á a sua liquidação.

– **Proteção aos trabalhadores:** Em análise histórica, torna-se clara a necessidade premente de se proteger os direitos dos trabalhadores, tão maltratados diante dos abusos estimulados pelo liberalismo clássico e pela revolução industrial.

O Projeto de Lei buscou, pois, prestigiar os artigos 7º a 11 da Constituição Federal de 88. Os créditos trabalhistas estão contemplados em diversas passagens da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. À guisa de informação, cite-se que os créditos trabalhistas foram expressamente excluídos da recuperação judicial pela inteligência do artigo 161, § 1º da Lei de Recuperação e Falências, quando afirma que “não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do *caput*, desta Lei.” (Grifo do original).

Citem-se, ainda, os artigos 37, 41, 52, 83 e 141 do diploma normativo, todos os quais revelam o tratamento diferenciado conferido ao crédito trabalhista na nova Lei de Falências.

– **Redução do custo do crédito no Brasil:** O valor levantado na fase de liquidação, sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, soía ser insuficiente para pagar sequer os créditos trabalhistas e tributários da empresa. Buscou-se, pois, reduzir a insegurança dos credores com garantia real acerca da recepção do que lhes era devido mediante a adoção de medidas como o pagamento de créditos tributários somente após o pagamento das obrigações com garantia real e a limitação da preferência dos créditos trabalhistas ao valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos. O escopo último era proteger o crédito e manter baixa a taxa de juros, em reflexão bastante atualizada com os anseios da indústria brasileira de bens e serviços.

– **Celeridade e eficiência dos processos judiciais e Segurança Jurídica:** A falência e a recuperação visam, em sua essência, à satisfação dos credores mediante a maximização dos ativos do falido. O Projeto de Lei visou, assim, à celeridade da tramitação do procedimento falimentar, sempre criticado pela dou-

trina justamente em função de sua morosidade. Nesse sentido pronuncia-se, por exemplo, Fazzio Júnior:

Não é de hoje que a doutrina e a jurisprudência se repetem, até cansativamente, nas críticas à eternização dos processos de falência. A extinção do empresário insolvente que, necessariamente, na lei, já é morosa, revela-se, na prática, um arrastado e infrutífero suceder de atos processuais em prejuízo dos credores, da atividade empresarial e do mercado. Nem é necessário enaltecer os inconvenientes suscitados pela burocracia processual que marca a agonia do devedor. (2005, p. 243-244).

Por óbvio, não é demais ressaltar a necessidade de observância às garantias processuais. A celeridade e a eficiência processuais não se obtêm pela simples mudança legislativa, pois devem ser acompanhadas da reestruturação do Poder Judiciário.

Fez-se necessário, assim, a elaboração de mecanismos para garantir a segurança jurídica nas relações falimentares, especialmente no que tange às falências e concordatas já em curso quando da entrada em vigor da lei nova. Por tal razão, por exemplo, a Lei nº 11.101/2005 previu o disposto no artigo 192, determinando que “esta lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.”

– **Participação ativa dos credores:** Em análise histórica dos procedimentos falimentares no Brasil é possível verificar a excessiva autonomia conferida aos credores, que, no entanto, jamais obteve o êxito almejado, potenciando a atuação judicial no intuito de coibir fraudes e garantir o escorreito tramitar processual. Na nova Lei de Falências, a participação ativa dos credores depende da convergência de interesses entre todos os participantes do processo, eis que o seu artigo 56 determina que “havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação”. Em adição, o § 4º do artigo em estudo estabelece que “rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência.”

– **Maximização do valor dos ativos do falido:** Buscou-se, na nova legislação, evitar a deterioração de bens pelo desuso, sua desvalorização por se tornarem ultrapassados, gastos desnecessários com sua guarda, etc. Para isso, abreviou-se o procedimento falimentar em sua fase de liquidação, permitindo-se seu início imediatamente após a juntada aos autos do inventário de bens do autor e concluída a arrecadação. Introduziu-se, ainda, a possibilidade de venda pela modalidade de pregão, combinando a alienação do ativo por lances e por melhor proposta, nos termos do artigo 142, § 5º da LRF.

– **Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte:** Prestigiou-se, ademais, o “tratamento favorecido às empresas de pequeno porte” previsto no artigo 170, IX, da Constituição Federal de 88, decorrente, por extensão, do princípio constitucional da isonomia.

Introduziu-se, assim, na seção V da lei nova, plano de recuperação judicial específico para microempresas e empresas de pequeno porte, de utilização facultativa.

– **Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial:** Com o intuito de inibir os abusos rotineiramente perpetrados na atividade empresarial, voltou-se a lei nova também para a ampliação do rol de tipos penais previstos para crimes falimentares, bem como o acréscimo das penas previstas para essas condutas. A esse respeito, Renato de Mello Jorge Silveira menciona:

A inovação legislativa, ao menos na seara penal, ampliando o rol de proteção também a situações de recuperação de empresas, coaduna-se com as modernas tendências dogmáticas empresariais. Isso, contudo, traz a reboque, efeitos perversos inegáveis. Muitos dos novos tipos penais recriminados repousam âncora na idéia preventiva do perigo. Não se trata como comumente faz o Direito penal, de repressão ao dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido, mas, unicamente, a uma projeção futura de dano. É fato que a revogada Lei de Falências, da mesma forma, já previra tal situação, mas a ampliação desta situação é perceptível. [...] A lei pretérita, sem dúvida, necessitava de incrementos. Muitos deles, como se mostram, são, no entanto, de duvidável

aceitação e de rigor excessivo. Não obstante, caberá no futuro, aos Tribunais, o derradeiro entendimento quanto à admissibilidade das novas previsões, estabelecendo-se assim, uma vertente de política criminal judicial. [...] A simplista tese de defesa do processo de recuperação ou institutos resguardando a falência não pode de forma alguma suplantam o lastro garantista observado em princípios constitucionais como o da ultima ratio, da lesividade, da proporcionalidade ou da culpabilidade. Se a isso não se cuidar, estar-se-á correndo o risco inaudito de, ao contrário do pretendido, não se evoluir na ciência e aplicação legal. (SILVEIRA, 2005, p. 297-298).

Vê-se, pois, a preocupação do legislador em arquitetar diploma normativo que prestigiasse a situação econômica do País na segunda metade da década de 2000, visando fundamentalmente ao desenvolvimento econômico e à proteção da atividade empresarial e dos trabalhadores, prezando, ademais, pela celeridade na tramitação do procedimento falimentar.

Acrescente-se que o Projeto, tendo em mente a principiolgia destacada, voltou-se à estruturação do processo de recuperação judicial, o qual permite que empresas em dificuldades de solvência possam manter-se funcionando ao passo que administram seu débito.

Em outras palavras, trataram de normatizar anseios antigos da classe empresarial e financeira brasileira. As empresas em dificuldade de liquidez poderiam fazer um projeto de recuperação sem que suas atividades sofressem solução de continuidade e sem que houvesse comprometimento das características, prazo e valores dos créditos constituídos.

### **3 A Lei nº 11.101/2005 à luz da Constituição Federal**

Abordam-se, na continuidade, alguns aspectos relevantes da análise que constitui o escopo desta investigação.

#### **3.1 Hermenêutica da ordem econômica constitucional**

Faz-se necessário, para a escorreita análise do tema a ser abordado, discutir, mesmo que brevemente, sobre como a Cons-

tituição Federal de 88 tratou de disciplinar a ordem econômica e as garantias do processo, ressaltando os princípios constitucionais aplicáveis à questão, a fim de propiciar a análise sistêmica do tema.

Acerca da necessidade de sistematização da norma para a sua inserção no ordenamento jurídico, inaceitável seria olvidar-se das palavras de Bobbio (1991, p. 19), ao afirmar que “na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento”.

Robert Alexy, por sua vez, trata da distinção entre regras e princípios como chave para solucionar a dogmática dos direitos fundamentais, marco para a sua compreensão, como se pode visualizar em suas próprias palavras, a seguir:

Tanto regras como princípios são normas, pois ambos dizem o dever-ser. A distinção entre ambos é a distinção entre dois tipos de normas. Dentre os diversos critérios propostos para a sua diferenciação, cita-se aquele em que os princípios são normas de um grau maior de abstração, enquanto as regras possuem um grau menor de generalidade. (2002, p. 81-86).

Partindo-se do pressuposto de que as teses ventiladas pelos dois grandes mestres são verossímeis, chega-se à conclusão de que a análise da principiologia normativa da Constituição Federal, tanto em seu eixo material (observância aos direitos fundamentais) como processual (observância às garantias do processo), é imprescindível para se realizar a inserção sistemática da norma no ordenamento jurídico. Nesse sentido, leciona Ana Paula de Barcellos de maneira precisa:

Isso ainda é mais nítido quando se cuida de princípios constitucionais, pois aqui estarão associadas as suas características de norma-princípio com a superioridade hierárquica da própria Constituição. Como consequência da eficácia interpretativa, cada norma infra-constitucional, ou mesmo constitucional, deverá ser interpretada de modo a realizar o mais amplamente possível o princípio que rege a matéria. (2002, p. 82).

Assim, tendo-se a noção conceitual de princípio e da imperiosidade de sua atenção ao se realizar a análise sistemática de uma norma no ordenamento jurídico, pode-se abordar constitucionalmente a inserção da Lei nº 11.101/2005 no sistema pátrio.

Tendo-se em mente os princípios balizadores do Projeto de Lei que virou a Lei nº 11.105/2005, já discutidos no capítulo anterior, percebe-se claramente que intentaram, ao menos no plano das ideias, prestigiar a ordem constitucional quando de sua elaboração. Resta ver, contudo, até que ponto a eficácia de sua instauração está vinculada à observância à dita ordem constitucional.

As diretrizes previstas pelos constituintes de 1988 para a economia nacional encontram-se sob o título “Da Ordem Econômica e Financeira”, e devem ser interpretadas de forma integrada aos demais dispositivos constitucionais. A ordem econômica fundamenta-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna e acordante com a justiça social.

Sob o tema, Machado Horta expõe que:

A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, em uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que expraíam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do estado democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa do Brasil. [...] A concretização dos princípios que informam a Ordem Econômica é inseparável dos Direitos e Garantias Fundamentais, que asseguram aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [Constituição Federal, artigo 5]. (1995, p. 301).

Ivo Dantas (2000) afirma que existem três dimensões a se considerar sobre a ordem econômica: a ontológica, compreendendo os fundamentos fáticos como o trabalho, os meios de produção e a livre iniciativa; a axiológica, que corresponde aos princípios que atuam como orientadores da intervenção do Estado, a exemplo da soberania, da função social da propriedade, da livre concorrência; e, por fim, a teleológica, consistente no resultado a ser alcançado com a sua intervenção. Partindo-se dessa diferença metodológica, pode-se encontrar o ponto comum sob o qual deve ser analisada a Lei nº 11.101/2005 à luz constitucional.

A ontologia da ordem econômica se justifica com a evolução das relações mercantis, financeiras e industriais do Brasil, cujos exercícios de normatização culminaram na instauração do título “Da Ordem Econômica e Financeira” pela Carta Magna de 88.

É fácil aferir os princípios fundadores da axiologia da ordem econômica, pois estão expressamente dispostos no artigo 170 da CRFB/88, o qual dispõe:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país.

Sobre esses princípios, ressalte-se, devem incidir os princípios gerais do direito, os direitos e garantias individuais e sociais e demais normas constitucionalmente balizadoras. Seja como for, é comedido destacar que o constituinte originário, ao tratar

da ordem econômica, conferiu aos dispositivos constitucionais aplicáveis conteúdo programático, a teor dos ensinamentos de Bonavides, quando afirma que:

Das normas constitucionais, a programática é a que maior fragilidade apresenta, no que tange à sua eficácia e juridicidade. Para buscar o seu alcance e finalidade o método interpretativo que melhor se adéqua é a análise histórico-teleológica. As normas programáticas refletem a mudança dos valores e da sociedade. [...] a rigor a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar certa ordem de relações. (2004, p. 247).

Estabeleceram-se constitucionalmente, portanto, as diretrizes gerais e os princípios norteadores a serem seguidos pelo legislador, ao qual foi conferida a atribuição de prestar-lhes consistência e efetivação. A ordem econômica, assim, não se esgota em seu conteúdo constitucional, antes, é implementada e efetivada pela legislação infraestatal. Em outras palavras, cabe ao legislador ordinário garantir a atenção da ordem econômica aos princípios e garantias constitucionais.

Essa missão se torna mais complicada ao se atentar para o fato de que o constituinte de 88, ao abordar a ordem econômica, findou por intentar conciliar princípios voltados claramente ao neoliberalismo econômico (propriedade privada, livre iniciativa, liberdade de contratação, livre concorrência) com outros de caráter notoriamente socialista (valorização do trabalho, busca do pleno emprego, função social da empresa). Os fundamentos da Ordem Econômica constitucional, assim, revelam a preocupação do constituinte originário em adotar uma economia capitalista tingida com fortes cores sociais. Estabeleceram-se, ademais, mecanismos de intervenção estatal na ordem econômica de forma moderada, que acabam por funcionar como agentes mediadores dessas posições – à primeira vista – dicotômicas.

Por fim, a função teleológica da ordem econômica consiste em assegurar a todos existência digna, reduzindo as desigualda-

des e possíveis injustiças produzidas pelo capitalismo. O equilíbrio entre os princípios liberais e sociais previstos na Carta Magna, portanto, deve ocorrer à luz da dignidade da pessoa humana. A dificuldade de materialização reside, entretanto, na abrangência de conceituação dessa dignidade.

Pela análise dos fundamentos da Ordem econômica, a conclusão óbvia é que o fator determinante da efetivação dos princípios constitucionais garantidores dessa ordem é o Estado, que existe para estar a serviço das pessoas, não o oposto.

### **3.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao processo falimentar**

Como já cediço, a Constituição Federal estabeleceu uma série de princípios reguladores e estabilizadores da Ordem Econômica Constitucional que funcionam como norteadores da atuação do legislador infraconstitucional, responsável pela sua efetivação. Trata-se de balizadores materiais à aplicação da legislação infraconstitucional. Tais princípios incluem, mas não se restringem, a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.

Sem embargos, cumpre explicitar os princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Isso porque é comezinho que a Lei nº 11.101/2005 possui conteúdo misto, a sua vez adjetivo e substantivo, uma vez que também dispõe sobre a parte processual aplicável aos processos de falência e de recuperação de empresas.

Quando dois ou mais indivíduos possuam interesses contrapostos em relação a um bem, e houver resistência de uma das partes em relação à outra, tem-se um litígio. A composição desses interesses, por sua vez, é realizada pelo Estado por intermédio de sua função jurisdicional. Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 24) caracterizam a função jurisdicional como “a capacidade que o estado tem de decidir imperativamente e impor decisões”. Esse serviço se instaura por meio do direito de ação, que os autores

qualificam como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício).” (p. 247). O exercício do direito de ação pelas partes atrai o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado, de sorte a formular posicionamento jurídico que garantirá a composição da lide formada.

Isso posto, a Constituição Federal alberga uma série de princípios que norteiam a atividade jurisdicional do Estado e, em consequência, a legislação infraconstitucional processual. Cite-se o rol estabelecido por José Cretella Neto:

- Princípio da ampla defesa;
- Princípio do contraditório;
- Princípio da igualdade das partes perante a lei;
- Princípio da imparcialidade do juiz;
- Princípio do duplo grau de jurisdição;
- Princípio da motivação das decisões judiciais;
- Princípio da publicidade do processo e dos atos processuais. (2002, p. 78).

O mesmo autor, em complementação à enumeração dos princípios constitucionais, expõe:

As regras existentes na Constituição Federal, que enunciam os princípios processuais, destinam-se a estabelecer garantias para o processo, e não estão limitadas aos diversos incisos do art. 5º., também no capítulo reservado ao Poder Judiciário encontram-se diversos dispositivos relacionados diretamente com o bom desenvolvimento do processo, tais como as garantias asseguradas aos juizes e aos tribunais (arts. 95 e 96), bem como o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art. 93). [...] (CRETILLA NETO, 2002, p. 38-39).

Sobre esses, cabe ressaltar, incide um superprincípio, o do devido processo legal. Trata-se de garantia do cidadão que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas. Para Cretella Neto, esse princípio não está atrelado somente à observância do procedimento aplicável:

No Estado de Direito, a elaboração da lei deve obedecer a critérios que atendam ao senso de justiça e aos preceitos constitucionais de aplicação da norma pelo Poder Judiciário, possibilitada pela via do processo. De um lado, o Estado enuncia o Direito por meio de ato normativo geral e vinculativo; de outro cabe-lhe solucionar as controvérsias geradas pelas normas que promulga, ou pela diversidade de interpretação delas. É precisamente a conjugação desses fatores – a lei elaborada de forma regular, correta e razoável, e sua aplicação por um Poder Judiciário independente, utilizando mecanismo em que as partes são colocadas em pé de igualdade quanto às oportunidades que lhes são oferecidas (ampla defesa, contraditório, juiz natural) – que remete ao conceito de processo justo. [...] O conceito de *due process of law* não se restringe, portanto, a mera garantia das formas processuais preconizadas pela Constituição, mas à própria substância do processo, que permite a efetiva aplicação das lei. (2002, p. 42-43).

Conclui-se, pelo exposto, que a observância dos princípios constitucionais processuais é obrigatória, por força do devido processo legal, não só no que tange ao processo em si, como também na própria elaboração legislativa, que deve atentar para a principiologia constitucional de sorte a proporcionar a lisura e celeridade do procedimento que visa instaurar. Cabe observância principiológica também no momento de concretude normativa, é dizer, ao se aplicar a norma procedimental ao caso concreto, garantindo que os procedimentos eventualmente instaurados sejam úteis e produtivos à escorreita solução da lide.

### **3.3 Análise constitucional da Lei nº 11.101/2005**

Consoante revela o produto de toda a pesquisa efetivada, já exposto, vislumbra-se que a Lei nº 11.101/2005 foi formulada tendo-se em vista a indignação resultante da inobservância aos princípios constitucionais vetores da atividade econômica e aos princípios constitucionais processuais. Percebe-se isso claramente a partir da análise dos princípios balizadores da elaboração da Lei nº 11.101/2005.

Cabe fazer, contudo, duas críticas à constitucionalidade da lei, ressaltando-se a distinção de Roberto Alexy entre norma-regra e norma-princípio. Embora haja divergências nesse sentido, como revela a miríade de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas em face da LRF, não se vislumbrou nenhuma inconstitucionalidade formal em seus dispositivos a justificar análise pormenorizada. Há, contudo, dois fatos, facilmente verificáveis à luz da experiência concreta desde a instauração da referida lei, que permitem concluir por sua violação à principiologia constitucional aplicável por duas vias.

A Lei nº 11.101/2005, conclui-se, positivou procedimento excessivamente oneroso às partes envolvidas, e não prestigiou a isonomia entre as partes, na medida em que garantiu aos credores poderes excessivos para a composição do processo de recuperação.

Perceba-se a discrepância anti-isonômica. A volição do conjunto dos credores é expressa pelo quórum obtido na Assembleia Geral. Contudo, sói ocorrer de esse quórum não representar a unanimidade dos credores. A vontade dos discordantes e ausentes será, via de regra, sumariamente excluída da vontade expressa pela AGC. Por outro lado, ao devedor discordante da proposta apresentada pela AGC só resta a alternativa de concordar, ou ver decretada sua falência. Tal discrepância evidencia-se ainda mais se se atentar para o fato de que, na hipótese de divergência entre a decisão do devedor e a da Assembleia Geral de Credores, não lhe cabe sequer requerer ao Judiciário exame pericial do plano e documentação que instruíram a inicial de recuperação.

Além do mais, em razão disso, o órgão judicial acaba por funcionar como mero homologador da decisão tomada pela Assembleia Geral de Credores, que aceita ou rejeita o plano de Recuperação Judicial da empresa.

Isso se se abordar a questão de um ponto de vista puramente contratualista. Ao se debruçar sobre um ponto de vista processual, contudo, melhor sorte não assiste à legislação *sub judice*. Verifica-se, claramente, violação aos princípios da isonomia, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da ampla dilação probatória e do livre convencimento motivado do julgador (vez que a decisão é, em sua essência, ditada pela Assembleia Geral de Credores).

Ora, o vício anti-isonômico apontado potencia todas as violações principiológicas em comento. Se a decisão do julgador é meramente homologatória do acordo obtido pela AGC, sem a participação isonômica do devedor além da propositura de recuperação judicial, não há a observância ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa. Agrava-se esse fato se se atentar para a circunstância de que, uma vez decretada a falência, não haverá como o falido suspender seus efeitos e retornar à sua atividade, se verificado posteriormente erro na decisão dos credores.

A dilação probatória, nesse caso, torna-se absolutamente inócua. Ora, a decisão da Assembleia Geral de Credores não é necessariamente atrelada ao livre convencimento motivado. Pode, em suma, ser proferida por fatores políticos, econômicos, ou mesmo oriundos de relações pessoais. A documentação e os estudos efetuados e anexados ao processo – os quais, repise-se, são de produção bastante onerosa – não têm garantia alguma de serem analisados.

Ao final, a aprovação do plano de recuperação dependerá da barganha do devedor, do seu poder de convencimento diante dos credores presentes à Assembleia Geral, e não da viabilidade do plano de recuperação.

Como remediar tal fato à luz da legislação vigente? A única saída que se vislumbra é garantir a autonomia do Judiciário não só em seu poder decisório, como também durante a instrução processual. Para a correção dessa distorção, deverá o juiz observar os princípios específicos e constitucionais aplicáveis à espécie.

Ao discorrer sobre o papel da Magistratura no novo direito concursal, em análise do Anteprojeto de Lei, Jorge Lobo (1996, p. 225) acentua:

Não obstante tantas vezes mencionada a sua participação no processo, em momentos capitais o juiz não passa de um órgão meramente homologador das decisões da assembléia geral de credores conforme art. 7º e seus §§ 2º a 5º, em que se lê: “a decisão da assembléia geral, que aprovar a proposta e o plano de recuperação (caput e § 2º) será submetida à homologação do juiz (§ 3º)! Caso

a assembléia geral não aprove a proposta e o plano de recuperação, não cabe recurso ao interessado! (§ 2º do art. 8º)”. É evidentíssimo que limitar a participação do juiz à homologação das deliberações da assembléia de credores é amesquinhar a função do Poder Judiciário no processo de falência e de concordata, pois como é sabido, homologar é ratificar, aprovar, confirmar um outro ato, dando-lhe eficácia legal e, conforme o caso, força obrigatória. No ato da homologação, a atividade jurisdicional, afora expressa previsão legal, cinge-se à mera verificação do cumprimento de formalidades extrínsecas, não adentrando, pois, no exame do mérito da decisão homologada. Por conseguinte, a função atribuída pelo Anteprojeto ao juiz avilta e apequena, injustificadamente, a participação do Poder Judiciário nos processos concursais, o que é intolerável e deve por todos ser repudiado.

Conclui-se, portanto, que ao juiz deve ser facultada a produção de prova pericial ou mesmo a concessão de plano de recuperação diverso do apresentado pela Assembleia Geral de Credores, em motivação decorrente da principiologia constitucional e observadas as especificidades do caso concreto. Sob esse ponto, Cretella Neto (2002, p. 254) ensina que “a atividade do juiz, no escopo do que lhe faculta o art. 130 de nosso CPC, não está limitada no tempo: pode exercê-la até o proferimento da sentença”. Cabe a este, portanto, atuar não só como mero órgão homologador, mas como peça integral à lisura do processo de recuperação. Assim sendo, pode-se restaurar a isonomia entre as partes tanto da recuperação judicial como da falência.

#### **4 Considerações finais**

Após este estudo a respeito da Lei nº 11.101/2005, pode-se concluir que, inegavelmente, a nova Lei de Recuperações e Falências foi uma grande evolução em relação ao diploma anterior. De fato, as normas produzidas pela nova legislação possibilitaram a manutenção de empresas viáveis em crise econômico-financeira e, por consequência, minimizaram os impactos e repercussões decorrentes da insolvência empresarial.

Analisando-se os fatores sociojurídicos que findaram em sua elaboração, é factível aferir que esta foi, até certo ponto, eficaz. Não há dúvidas que, no que diz respeito a sua aplicação sobre aqueles que se encontram em situação de crise econômica, visando recuperar-se no caso da recuperação judicial ou dissolver-se regularmente por intermédio da falência, tentando honrar todas as dívidas contraídas pelo falido da forma mais justa possível, ela é efetiva. Nesse sentido, além de proteger com bastante ênfase a massa falida e os credores, a nova legislação tem como principal preocupação a preservação da empresa, ainda que a mesma seja explorada por outra pessoa, proporcionando a garantia dos empregos existentes e a geração de riquezas.

Contudo, sua efetividade não é a que deveria ser. A inobservância manifesta a dispositivos constitucionais, conforme demonstram os resultados da pesquisa, em muito contribuem para tanto. Notadamente, a excessiva autonomia conferida à Assembleia Geral de Credores contribui para esse fato.

Como solução para restaurar a constitucionalidade no tocante à isonomia processual, propôs-se incremento material da função do órgão julgador, que deve deixar de ser visto como mero instrumento de homologação da decisão que concede a recuperação e atuar efetivamente durante o trâmite, inclusive determinando de ofício a produção de prova pericial quando entender que esta não está sendo devidamente apreciada pela Assembleia de Credores.

A crítica que se faz a essa solução é que o processo de recuperação judicial perderia muito no que tange a sua celeridade. Contudo, entende-se que mais que celeridade, precisa-se de garantia de segurança jurídica com o fim último de prestigiar a Ordem Econômica Constitucional. Os perigos da demora da tramitação foram em grande parte solucionados, ademais, pela introdução de instrumentos como a liquidação antecipada dos bens do devedor por meio da Lei nº 11.101/2005.

A conclusão final a que se chega é que, em que pese a importância da reforma da legislação concursal, o tema ainda deve ser amplamente tratado, inclusive com reformas legislativas posteriores à Lei nº 11.101/2005, sempre visando ao fim último de todo o procedimento falimentar e de recuperação: prestigiar a Ordem Econômica Brasileira.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.**

Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.**

Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Polis, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 20 maio 2013.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo.** Curitiba: Juruá, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Atlas, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na lei de recuperação de empresas e falência: crimes em espécie e procedimentos. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Doutrina e Prática.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.



# DIREITO DE VIVER COM DIGNIDADE E ÉTICA DA ESPÉCIE

## RIGHT TO LIVE WITH DIGNITY AND ETHICS OF SPECIES

**Lucíola Maria de Aquino Cabral**

Procuradora do Município de Fortaleza.

Doutora em Direito Constitucional.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O direito à vida em face da Constituição de 1988; 3 Habermas e a ética da espécie; 4 O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à melhoria da qualidade de vida; 5 A constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005; 6 Considerações finais; Referências.

**Contents:** 1 Introduction; 2 The right to life in the face of the Constitution of 1988; 3 Habermas and the ethics of species; 4 The principle of human dignity and the right to improve the quality of life; 5 The constitutionality of article 5 of law No. 11,105/2005; 6 Final considerations; References.

**Resumo:** Este artigo tem o objetivo de analisar, à luz da legislação brasileira, o direito à vida e a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, em face das disposições contidas no artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. Tem como questão central a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia, em conformidade com as condições estabelecidas em lei. Considera, em especial, as consequências de ordem legal, moral e ética no que concerne ao direito fundamental de todo cidadão de ser livre e igual, bem como de exercer sua autonomia diante da sociedade e do Estado, conforme explicitado por Habermas em “O Futuro da Natureza Humana”. Observa, ainda, o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, que nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/DF declarou constitucional a Lei nº 11.105/2005, entendendo que não há, no caso, violação ao direito à vida assegurado pelo Texto Constitucional, concluindo, ao final, que a legislação brasileira não regulamenta a matéria de maneira apropriada.

**Palavras-chave:** Direito à vida. Dignidade. Pessoa humana. Células-tronco. Autonomia.

**Abstract:** The goal of this paper is to analyze, in the light of the Brazilian legislation, the right to life and the understanding of the principle of the human being dignity, according to the dispositions contained in the 5th article of Law number 11.105/2005. The main issue concerns the potential use of embryonic stem cells, obtained from human embryos produced by in vitro fertilization and not used in the respective procedure, in research and therapy, in accordance with the conditions established in law. On this matter, the study considers, especially, the legal, moral, and ethical consequences concerning the fundamental right of every citizen to be free and equal, as well as to exercise his/her autonomy in face of society and the State, as stressed by Habermas in "The Future of Human Nature". It also observes the understanding consecrated by the Federal Supreme Court that, in the proceedings of the Direct Action of Unconstitutionality 3510-0 has declared constitutional the Law number 11.105/2005, understanding that there is not a violation of the right to life assured by the constitutional text in this case, concluding that the Brazilian legislation does not regulate the subject in appropriate way.

**Keywords:** Right to life. Dignity. Human being. Stem cells. Autonomy.

## 1 Introdução

O direito à vida constitui o mais sagrado dos direitos do homem e encontra-se protegido pela Constituição de 1988, que o classificou como direito fundamental, ao lado do direito à liberdade, à igualdade e tantos outros arrolados em seu artigo 5º.

Este trabalho tem como pretensão central analisar, à luz da legislação brasileira, o direito à vida e a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, com base nas disposições contidas no artigo 5º da Lei nº 11.105/2005.

Ressalta-se, todavia, que a realização deste trabalho foi inspirada na doutrina estrangeira, mais especificamente representada por Habermas (2004) em "O futuro da natureza humana".

Trata-se de tema amplamente debatido na atualidade, em decorrência de sua repercussão no âmbito de cada Estado e de cada sociedade. A proteção da integridade do patrimônio genético, que, segundo Bobbio (2004), ultrapassa a proteção da integridade física, representa hoje o grande desafio a ser vencido

pelas gerações presentes. A questão é polêmica e encontra-se na pauta de discussão das organizações internacionais e de diversos Estados.

No Brasil, no entanto, a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento para fins de pesquisa e terapia. Considerando-se, em especial, as consequências de ordem legal, moral e ética relacionadas ao direito fundamental de todo cidadão de ser livre e igual, bem como de exercer sua autonomia diante da sociedade e do Estado, conforme explicitado por Habermas em “O futuro da natureza humana”, e ainda o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, que, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/DF, declarou constitucional a Lei nº 11.105/2005, entendendo que não há, no caso, violação ao direito à vida assegurado pelo Texto Constitucional, este estudo foi dividido em quatro itens, visando conferir maior objetividade ao tema nele discutido.

No Tópico 2, que sucede esta Introdução, trata-se de analisar o direito à vida em face da Constituição de 1988; no Tópico 3 coloca-se o entendimento de Habermas sobre a ética da espécie; no Tópico 4 aborda-se o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à melhoria da qualidade de vida; por último, no Tópico 5 analisa-se a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, que autoriza a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia.

Entende-se que a legislação brasileira, embora declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não trata adequadamente a matéria disciplinada pela Lei nº 11.105/2005 analisada neste estudo, e que o direito à preservação da integridade do patrimônio genético, considerado do homem, constitui um dos maiores desafios da atualidade.

## **2 O direito à vida em face da Constituição de 1988**

A Constituição Federal de 1988 inseriu o direito à vida entre os Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos, esta-

tuindo em seu artigo 5º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade.”.

O direito à vida, portanto, encontra-se constitucionalmente assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País. Tal assertiva traz implícita a proibição de matar e a de deixar morrer sem qualquer atendimento médico, podendo essa conduta omissiva constituir um delito.

Nos termos do artigo 196 da Constituição de 1988, o Estado tem o dever de assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, é dever da família, do curador e do tutor prestar socorro e adotar as medidas que entender necessárias e suficientes para salvar a vida da pessoa que se encontra sob sua responsabilidade (v.g. a obrigação dos pais em relação aos filhos).

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, por sua vez, dispõe, em seu artigo 4º, que “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

A personalidade civil, na verdade, é um conceito básico sobre o qual se fundamentam e se projetam os direitos. Os direitos inerentes à personalidade – ou direitos personalíssimos – não possuem um conteúdo material imediato porque incidem sobre coisas imateriais ou incorpóreas. Neles se incluem o direito à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento, entre outros, como direito ao próprio corpo, o direito sobre a doação e o transplante de órgão do corpo. Tais direitos, entretanto, possuem uma projeção patrimonial quando são transgredidos, gerando para a pessoa o direito a uma indenização.

Os direitos personalíssimos são inatos e, por isso mesmo, enquadram-se na categoria de direitos extrapatrimoniais (não admitem avaliação pecuniária), irrenunciáveis (inerentes à vida, na qual se projeta a personalidade), imprescritíveis (porque duram enquanto durar a vida humana) e, via de regra, intransmissíveis.

Pertencem ainda a essa classe de direitos o direito à honra, à integridade física, ao próprio nome, à intimidade e privacidade, à utilização da própria imagem, só para mencionar alguns.

O Código Civil Brasileiro prescreve, ainda, os requisitos de validade para a prática de atos jurídicos: agente capaz; objeto lícito; e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104). Isso significa que a validade de um ato jurídico, assim entendido todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, está condicionada ao atendimento destes três requisitos: o agente precisa estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, o objeto constitutivo do ato deve ser legal e a sua forma deve observar o que determina a lei ou não ser proibida por ela. Por conseguinte, qualquer ato jurídico praticado sem a observância desses preceitos será um ato nulo ou anulável.

O aludido Código estabelece, ademais, em seu artigo 166, II, que será nulo o ato jurídico cujo objeto seja ilícito, impossível ou indeterminável. Assim, a vontade de uma pessoa não prevalece perante a lei quando o objeto de sua manifestação for ilegal – como, por exemplo, no caso de autorização expressa para desligar aparelhos (eutanásia).

No sentido de proteger o direito à vida, a Constituição de 1988 não autoriza o cidadão a dispor do próprio corpo quando tal ato acarretar diminuição permanente de sua integridade física ou contrariar os bons costumes, excetuando, porém, a hipótese de transplante, nos termos da lei. O Texto Constitucional ressalva, ainda, a disposição gratuita do corpo para depois da morte, desde que com objetivo científico ou altruísta, que pode, no entanto, ser revogada a qualquer tempo. Complementando o raciocínio, ficou assegurado, também, o direito do cidadão de não se submeter a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica quando isso colocar sua vida em risco.

Observa-se, portanto, que o direito à vida é assegurado em qualquer circunstância, perspectiva que permite concluir que o constituinte de 1988 registrou enorme preocupação em garantir ao ser humano o direito a uma vida com dignidade.

Definir o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana não constitui tarefa fácil de realizar e tal dificuldade, consoante explica Sarlet (2006), decorre da circunstância de que

esse conceito possui contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade. Todavia, o citado autor oferece o seguinte conceito:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o fez merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2006, p. 60).

Em síntese, a lei civil estatui os requisitos de validade do ato jurídico e regula a forma pela qual poderá ser suprida a incapacidade do agente, e nenhuma lei que estabeleça direitos ou crie obrigações em desconformidade com o Texto Constitucional terá abrigo no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3 Habermas e a ética da espécie**

O artigo 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia trata do direito à integridade do ser humano, estabelecendo que:

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental; 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: i) o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; ii) a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas; iii) a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro; iv) a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

No Brasil, o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 regulamenta a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento para fins de pesquisa e terapia.

No entendimento do ministro Gilmar Mendes, a referida lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano. Não obstante a lei brasileira tenha regulado matéria de tamanha complexidade em apenas um artigo, o Supremo Tribunal Federal declarou sua constitucionalidade, quando do julgamento da ADI nº 3510-0/DF.

Ressalta-se que a lei em comento produz implicações de natureza ética, moral e religiosa, porquanto interfere objetivamente em questões que envolvem a própria identidade, a biografia do ser humano. Tal interferência acontece de maneira deliberada, por meio de escolhas dos pais, e não permite posterior arrependimento nem mudança, violando, pois, a esfera da autonomia e da liberdade do indivíduo gerado com a ajuda da tecnologia, ou da biociência.

A discussão que se coloca é que a biociência constitui, na verdade, um biopoder com o qual terá de conviver o Estado constitucional democrático, haja vista que tal avanço tecnológico poderá significar, em um futuro próximo, a possibilidade de se determinar a escolha de quem deve nascer e quem deve morrer.

Não é sem razão que países como Alemanha, Austrália, França, Espanha e México estabelecem, de forma explícita, “uma cláusula de subsidiariedade, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins” (MENDES, 2008, p. 27).

Conforme explica Habermas (2004) em “O futuro da natureza humana”, os avanços da medicina genômica podem constituir uma séria ameaça para o que ele chama de “o desafio da moderna compreensão de liberdade”, isso porque,

Até hoje, o pensamento secular da modernidade europeia pôde, tanto quanto a crença religiosa, partir do

princípio de que a constituição genética dos recém-nascidos e, por conseguinte, as condições orgânicas iniciais para sua futura história de vida escapavam da programação e da manipulação intencional feitas por terceiros. [...] Nossa biografia compõe-se de uma matéria da qual podemos nos “apropriar” e pela qual podemos, no sentido de Kierkegaard, “nos responsabilizar”. [...] Com efeito, um dia quando os adultos passarem a considerar a composição genética desejável de seus descendentes como um produto que pode ser moldado e, para tanto, elaborarem um design que lhes pareça apropriado, eles estarão exercendo sobre seus produtos geneticamente manipulados uma espécie de disposição que interfere nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de uma outra pessoa e que, conforme pareceu até agora, só poderia ser exercida sobre objetos, e não sobre pessoas. (p. 19).

A decisão de terceiros, no sentido de interferir na composição genética de um indivíduo, afetará a vida desse indivíduo de maneira irreversível, tornando limitada “a simetria da responsabilidade em princípio existente entre pessoas livres e iguais”. (HABERMAS, 2004, p. 20).

O encontro da medicina reprodutiva com a técnica genética conduziu ao método do diagnóstico genético de pré-implantação, assim como possibilitou a realização de pesquisas para a produção de órgãos e intervenções para modificação genética com fins terapêuticos.<sup>1</sup>

Tais técnicas, no entanto, se por um lado despertam a esperança para muitos que sofrem com doenças graves, por outro atraem o interesse de investidores e de governos, necessitando, por isso mesmo, se submeter ao debate social e à regulamentação.

Segundo Habermas, a aplicação da técnica de pré-implantação está vinculada à seguinte questão normativa:

---

<sup>1</sup> Em Habermas (2004), o diagnóstico genético de pré-implantação (DGPI) torna possível submeter o embrião num estágio de oito células a um exame genético de precaução, visando evitar o risco de transmissão de doenças hereditárias. Caso o exame confirme alguma doença, não é reimplantado na mãe, poupando-a de interrupção da gravidez. A pesquisa sobre células-tronco totipotentes também se move na perspectiva da prevenção de doenças, mas espera-se, num futuro mais distante, evitar doenças graves, condicionadas monogeneticamente, por correção no genoma.

É compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento? Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção? (2004, p. 28).

Nessa questão, não se trata mais de escolher entre permitir ou não a continuação de uma gravidez (depois do exame pré-natal), mas de escolher entre o nascimento de uma criança gravemente doente e o aperfeiçoamento do patrimônio hereditário, ou seja, desaparece o limite conceitual de uma decisão eugênica. Com isso, o problema relacionado à “delimitação entre prevenção e eugenia se transforma em uma questão de legislação política” (HABERMAS, 2004, p. 30).

Habermas alude a uma eugenia liberal, que desconhece limites entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento e os interesses do mercado, relativamente às escolhas dos objetivos concernentes às intervenções passíveis de promover alterações de características. Segundo o estudioso, sob a influência do neoliberalismo globalizado ocorreu um “afrouxamento” simultâneo, na medicina e na economia, dos grilhões sociomoraes do avanço biotécnico (HABERMAS, 2004). Sua preocupação com os avanços da biociência é notória, ao mesmo tempo em que enfatiza que o rompimento dos limites entre “a natureza que somos e a disposição orgânica que nos damos” representa um fenômeno inquietante para a sociedade moderna (p. 32). Seus argumentos são apresentados na sequência, sintetizados por Felipe (2005):

1. A significância da indisponibilidade dos fundamentos genéticos da existência corporal, para a própria conduta de vida e a autocompreensão dos seres humanos, enquanto morais.
2. O direito à herança genética não manipulada.
3. A questão da identidade individual específica (da espécie biológica) nas representações do direito e da moral, e da autocompreensão do indivíduo reconhecendo-se membro de sua espécie.
4. A questão da identidade humana coletiva específica, sua autocompreensão ética, a “neutralização biotécnica” da distinção, que antes parecia existir, entre “o que cresce naturalmente”, e o que “é fabricado”.

5. A indistinção biotécnica afetando “a autocompreensão da pessoa geneticamente programada”.
6. A deterioração das relações fundamentalmente simétricas entre pessoas livres e iguais, e a limitação da autonomia para configurar a própria vida, resultado do “... conhecimento de uma programação eugênica do próprio patrimônio hereditário”.
7. Os “perigos da eugenia liberal”, evidenciados no “uso de embriões em pesquisas” e no “diagnóstico genético de pré-implantação”. (p. 339).

As questões apontadas resumem o pensamento do autor, contudo, demonstram também sua postura reativa ao desenvolvimento de pesquisas científicas relacionadas ao diagnóstico genético de pré-implantação, assim como com células-tronco totipotentes. Revelam, ademais, sua desconfiança quanto à capacidade humana de lidar com as mudanças revolucionárias que tais pesquisas prometem. Seu ceticismo, porém, ultrapassa as fronteiras da medicina e da tecnologia, na medida em que indaga sobre o significado da moralização da natureza humana; a dignidade humana e a dignidade da vida humana; a inserção da moral numa ética da espécie humana; o crescimento natural e o fabricado; a proibição de instrumentalização, natalidade e possibilidade de se ser si mesmo; os limites morais da eugenia; e sobre os precursores de uma autoinstrumentalização da espécie.

Em certo sentido, suas indagações poderiam contemplar duas simples perguntas: i) o que é vida? ii) quem controla a vida?

Desvendar esses mistérios é como “brincar de Deus”, e é isso que a autotransformação da espécie representa para o autor (HABERMAS, 2004).

No Brasil, a Lei nº 11.105/2005 autoriza a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia. Tal procedimento, porém, não é permitido na Alemanha.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Segundo Habermas, na Alemanha, o legislador proibiu não apenas o DGPI e o uso de embriões exclusivamente para pesquisa, mas também as questões relativas à clonagem terapêutica, à “barriga de aluguel” e à eutanásia (2004).

Consoante destacado no voto do ministro Gilmar Mendes, nos autos da ADI nº 3510-0/DF, países como Alemanha, Austrália, França, Espanha e México possuem legislação específica sobre esse tema e todos, sem exceção, possuem uma “cláusula de subsidiariedade”, a qual somente autoriza as “pesquisas com embriões humanos nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins” (MENDES, 2008, p. 27-28).

A legislação brasileira, entretanto, não possui dispositivo semelhante, o que favorecerá, na prática, se não o afastamento, pelo menos o enfraquecimento do debate sobre as questões éticas, morais e religiosas que envolvem tais pesquisas. Nesse sentido, aduz Mendes que,

As novas tecnologias ensejaram uma mudança radical na capacidade do homem de transformar seu próprio mundo e, nessa perspectiva, por em risco sua própria existência. E o homem tornou-se objeto da própria técnica. A manipulação genética, um sonho ambicioso do *homo faber* de controlar sua própria evolução, demonstra a necessidade de uma nova ética do agir humano, uma ética de responsabilidade. “O princípio responsabilidade – ensina Hans Jonas – contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder”. Independentemente dos conceitos e concepções religiosas e científicas a respeito do início da vida, é indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no princípio da responsabilidade. (2008, p. 8).

O princípio da responsabilidade evidenciado é de extrema importância para a análise do tema em estudo, haja vista as muitas consequências, para o universo da espécie humana, resultantes da realização de intervenção com base em diagnóstico genético de pré-implantação (a pretexto de evitar a transmissão de doenças hereditárias) ou mediante o uso de células-tronco-

totipotentes (com o objetivo de prevenir doenças). É nessa perspectiva que o princípio da responsabilidade se contrapõe à utopia do progresso científico, podendo ser entendido como forma de exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica (MENDES, 2008).

Cuida-se, na verdade, de uma tentativa de impor limites ao projeto de transformação da natureza humana por meio de pesquisas científicas.

A moralização da natureza humana pode tornar indisponível para o mercado aquilo que se tornou tecnicamente disponível por meio da ciência. Trata-se de uma tentativa de coibir não só o diagnóstico genético de pré-implantação, como o desenvolvimento de pesquisas com embriões por meio do controle moral. É que as transformações sociais decorrentes dos avanços da ciência e da tecnologia nessa área são tão imprevisíveis como as reações dos indivíduos eventualmente submetidos a tais procedimentos. No entanto, no âmbito do Estado constitucional liberal, a pesquisa científica adquire a proteção necessária para seu desenvolvimento, sob os auspícios de uma “promessa econômica de progressos na produtividade e de bem-estar quanto à esperança política de maior margem de liberdade individual” (HABERMAS, 2004, p. 35).

Liberdade e autonomia são elementos inerentes ao ser humano. Em seu sentimento de “poder ser si mesmo”, de usufruir de sua liberdade e autonomia de forma natural e não fabricada, é que se compreende a dimensão da importância da afirmação da natureza humana, “no sentido da autocompreensão ética da espécie”. Aceitar passivamente uma eugenia liberal é o mesmo que renunciar ao poder intrínseco de autodeterminação do ser humano. É que o exercício da liberdade e da autonomia do ser humano requer também igualdade de condições de existência, que estarão prejudicadas e comprometidas em sua origem, na medida em que o indivíduo submetido a processo de aperfeiçoamento por meio de técnicas científicas – se é possível considerar a eugenia dessa forma – teve suas liberdades cerceadas desde sua origem. Suas escolhas naturais foram, em parte, exercidas por seus pais, ou, como alude Habermas, por um designer, e para o futuro, terá de conviver com essas escolhas e talvez sentir-se diferente do restante das pessoas. Portanto, as promessas da

ciência não devem induzir a compreensão equivocada sobre as transformações sociais que se seguirão em decorrência do aperfeiçoamento das técnicas de reprodução humana e dos processos terapêuticos desenvolvidos a partir de células-tronco. No dizer de Dworkin,

A ciência promete – ou ameaça – alterar dramaticamente os processos de reprodução humana e do desenvolvimento de embrião, aperfeiçoar as técnicas de fertilização sem sexo e talvez, inclusive, desenvolver novas técnicas para o nascimento sem fertilização, alterar ou criar códigos genéticos e produzir crianças segundo um modelo previamente escolhido, clonar pessoas dotadas de qualidades muito apreciadas ou, por serem muito ricas, anseiam pela imortalidade. A ciência também promete – ou ameaça – produzir novas técnicas médicas e cirúrgicas que aumentem a expectativa de vida, levando-a, em alguns casos, a magnitudes bíblicas, mas a um custo tão exorbitante que o desenvolvimento dessas técnicas – e, mais ainda, o desafio de colocá-las ao alcance não apenas de uma minoria insignificante – acabaria com todos os recursos necessários para tornar a vida das pessoas igualmente boa e prolongada. (2003, p. 344).

A questão de fundo colocada por Habermas consiste em saber se a “tecnicização da natureza humana altera a autocompreensão ética da espécie de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos” (2004, p. 57).

Sob a ótica da eugenia liberal é aceitável que as pessoas busquem um plano de vida perfeito e queiram assegurar para seus descendentes a melhor dotação genética, devendo, inclusive, perseguir a implementação de políticas razoáveis acerca dessa matéria. Entende-se, ainda, que esse aperfeiçoamento do padrão genético é algo que as gerações presentes devem às posteriores, uma vez que a sociedade de hoje deve buscar os meios necessários para preservar o nível de capacidades naturais e impedir a difusão de defeitos graves. Essa questão traduz, para Rawls, a maneira pela qual o princípio da justiça pode resolver

os problemas da justiça social, considerando-se que o aumento das capacidades naturais dos indivíduos lhes conferirá maiores liberdades, já que mais pessoas partilharão o mais alto nível de talentos iguais (1997).

Ora, essa compreensão desconsidera qualquer sentimento do indivíduo aperfeiçoado, que não necessariamente irá partilhar positivamente da melhoria de seu padrão genético. Ademais, faz pressupor que tal atitude lhe permitirá sentir-se portador da mesma liberdade e, portanto, sentir-se igual a outro indivíduo que não teve seus dotes naturais alterados.

Consoante adverte Amaral,

O princípio de justiça dos eugenistas liberais, baseado que é na extensão do ideal de liberdade e igualdade de recursos no que diz respeito aos direitos reprodutivos e ao aprimoramento humano, só pode ser aplicado através do cancelamento ou suspensão do princípio liberal de justiça de acordo com o qual deve-se assegurar aos indivíduos a prerrogativa de decidirem livremente sobre seus próprios destinos. Num jargão familiar a Giorgio Agamben, tem-se uma situação na qual a regra só se aplica mediante sua suspensão, ou seja, “aplicando-se ao se desaplicar”. (2008, p. 24).

Não obstante o paradoxo enfrentado pelos eugenistas liberais, conforme assinalado, se torna evidente que a preocupação de Habermas com a integridade do patrimônio genético não é despropositada, considerando-se que a ciência moderna e as biotecnologias desafiam não só a natureza, mas a estrutura mesma do homem, colocando em valores éticos, morais e religiosos da sociedade em nome do desenvolvimento de novas tecnologias destinadas a um novo mercado. Patrimônio genético, expressão da vida humana, torna-se disponível para o mercado.

#### **4 O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à melhoria da qualidade de vida**

A Constituição de 1988 estabelece em favor de todos os indivíduos a garantia de uma vida digna, consoante disposto em seu artigo 1º, inc. III.

Observa-se, no entanto, que no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948, está dito que: “Artigo I. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”.

Existe uma tênue distinção entre os dois dispositivos em comento.

O texto da Constituição de 1988 é bastante amplo, contemplando todos os homens ou indivíduos que fazem parte do Estado brasileiro. Contudo, não especifica o momento a partir do qual os indivíduos da comunidade brasileira passam a ostentar a condição de titulares de direitos fundamentais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, afirma de logo que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Assim, o nascimento demarca precisamente o momento a partir do qual esses direitos são reconhecidos.

A importância de se discutir questões como as concernentes ao direito à vida e ao direito a uma vida com dignidade remete ao argumento de que em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, a lei que autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento para fins de pesquisa e terapia possui vício de inconstitucionalidade, em decorrência da inviolabilidade do direito à vida e do princípio da dignidade humana assegurados pelo Texto Constitucional.

A questão de fundo reside, assim, em saber se o direito à vida garantido pela Carta de 1988 alcança as células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, vale dizer, a partir de qual momento tem início a vida humana para o sistema constitucional brasileiro. A resposta a essa indagação não pode ser dada no espaço deste trabalho, até porque envolve matéria de outra área do conhecimento científico, amplamente debatida na ADI nº 3510-0/DF.

Merecem destaque, por exemplo, os argumentos postos no voto da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha no julgamento da citada ADI nº 3510-0/DF, no qual esclarece que o conflito suscitado pelo autor daquela ação (Procurador-Geral da República) não

resiste a uma análise mais profunda da questão.

Isso porque a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, nas exatas condições estatuídas pela Lei nº 11.105/2005, não viola o direito à vida, antes a dignifica:

Toda pessoa humana é digna. A humanidade mesma tem uma dignidade, contida na ética da espécie. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação. [...] Daí a adoção pelos sistemas jurídicos contemporâneos, aí incluído o brasileiro, do princípio da solidariedade entre gerações, que impõe a uma geração que ela se comprometa com quem vier depois (art. 225 da Constituição brasileira). [...] A expressão constitucional da dignidade da espécie humana é o realce mais óbvio e denso daquele princípio, que se faz mais amplo do que a vida humana digna (daí porque algumas Constituições, como a brasileira, referem-se à existência digna), chegando a ser observado antes que haja a vida livre (dotada de autonomia, o que o embrião e o feto não têm) e depois que a vida já se fez passar, mas que pode permanecer como substrato jurídico para a tutela por meio de utilização de órgãos que vivem em outros e até mesmo quando o cérebro pára e o coração persiste em suas batidas. Daí também porque o saber científico que somente poderá atingir resultados concretos em benefício da espécie humana se persistir em sua labuta, de maneira livre e responsável, compõe o complexo de dados que tornam efetiva a dignificação do viver e, portanto, a sua garantia de continuidade não agride, tal como posto nas normas em foco, antes permite que se venha a realizar o princípio constitucional. [...] Intangível e inviolável, a dignidade humana não permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem. E por isso mesmo é que, também em ocasião anterior, salientei que “como o direito não pode deixar de considerar o direito à vida digna como o direito fundamental excelente, aquele que se sobre põe axiologicamente a qualquer outro e que informa o sistema constitucional e infraconstitucional de modo

determinante em toda a sua extensão, não se há de desconsiderar a bioética para o cuidado normativo dos novos realces a serem dados aos princípios que estão na base da concretização daquele direito, a saber, o da liberdade, o da igualdade e o da responsabilidade. As questões biomédicas tangenciam, assim, diretamente, o princípio da dignidade humana porque consideram o homem em seu físico e em sua psique, pelo que a proteção dos direitos humanos há que lhe conformar a quadratura normativa.

Consoante evidenciado, o princípio da dignidade humana não é afrontado nem violado em sua essência pelas disposições do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. Considera-se que a utilização desse material humano para fins de pesquisa e terapia possibilitará às pessoas portadoras de deficiências e/ou doenças graves a oportunidade de exercerem seus direitos com dignidade.

Ademais, é a própria Constituição de 1988 que preceitua, em seu artigo 199, § 4º, que “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização.”.

Nesse contexto, tanto a realização de pesquisa como a terapia, desenvolvidos a partir de células-tronco embrionárias, constituem instrumentos valiosos para melhorar a qualidade de vida humana. É necessário, entretanto, que essa melhoria ocorra dentro de certos limites – o que exige uma regulamentação - e não sacrifique o próprio direito à vida.

## **5 A constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005**

A Lei nº 11.105/2005, em seu artigo 5º, prevê a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento para fins de pesquisa e terapia.

A referida lei foi objeto de debate na ADI nº 3510-0/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, com base nos seguintes argumentos:

II. Dos textos constitucionais inobservados pelo preceito retro transcrito:

1. Dispõe o artigo 5º, caput, verbis:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distorção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

2. Dispõe o artigo 1º, inciso III, verbis:

Artigo 1º - A República Federativa Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

III – Da fundamentação por Inconstitucionalidade material:

1. A tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.

Conforme afirmado na petição inicial recém-transcrita, a tese central do autor tem como fundamento a afirmação de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.

Analisando-se o voto do Ministro Relator da ADI – ministro Carlos Britto – observa-se que o julgamento dessa ação foi marcado por particularidades incomuns, a exemplo da participação de várias instituições na qualidade de *Amicus Curiae* e da realização de audiência pública, na qual foram colhidas as opiniões de cientistas brasileiros sobre a polêmica discussão envolvendo o momento em que tem início a vida humana. Verifica-se, também, que no campo das ciências médicas, ou da biociência, existem opiniões divergentes. Não é menor o conflito quando se trata de discutir o tema sob o aspecto religioso ou filosófico. Diante de tantas discrepâncias dois fatos merecem especial realce: i) o ordenamento jurídico brasileiro protege o direito à vida;

ii) esse mesmo ordenamento, consubstanciado pela Constituição de 1988, não estipula o momento em que começa a vida humana.

De outra parte, é possível encontrar no Texto Constitucional princípios que orientam no sentido de afirmar a liberdade e a igualdade (artigo 5º) e a solidariedade (artigo 225, inc. II).

Em primeiro lugar, entende-se que o argumento utilizado pelo autor e sobre o qual repousa sua tese central, no sentido de que as regras estatuídas pelo artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 “[...] inobserva[m] a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião é vida humana e faz[em] ruir o fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana [...]”, é falacioso, haja vista que “a democracia não é nem uma condição necessária, nem suficiente para a introdução e a proteção dos direitos humanos” (HOFFE, 2006, p. 415).

Em segundo, a Constituição de 1988, como afirmado alhures, não estabelece o momento em que tem início a vida humana. Assim, presumir que a vida humana tem início na - e a partir da - fecundação não torna isso uma verdade. Não obstante ela derive da fecundação, para que exista é preciso que estejam reunidas as condições necessárias para torná-la viável, ou seja, para que o feto se torne, de fato, vida humana.

É nessa perspectiva que deve ser compreendida a situação proposta pelo artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. A lei enfocada trata, no caso, do livre exercício do direito à pesquisa científica, constitucionalmente assegurado pelo artigo 199, § 4º, conforme explicado no voto da ministra Cármen Lúcia:

A liberdade de expressão da atividade intelectual e científica é considerada um dos fundamentos constitucionais do art. 5º, da Lei n. 11.105/05. Bem assim o desenvolvimento científico e a pesquisa que podem servir à melhoria das condições de vida para todos. A compatibilização de tais regras com os princípios magnos do sistema, aí assegurada, sempre e em todo e qualquer caso a dignidade humana, dota-as do necessário fundamento constitucional, de modo a não se reconhecer nelas qualquer ponto de invalidade. Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legisla-

tivo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.

O direito à vida garantido pela Constituição de 1988 não é ameaçado, tampouco suprimido ou reduzido, em virtude da realização de pesquisa científica com utilização de células-tronco embrionárias. Nada foi comprovado nesse sentido. Isso por si só já constitui motivo bastante para permitir a pesquisa; mais se justifica, ainda, se for considerado o fato de que a partir da pesquisa poderão surgir novos tratamentos para uma infinidade de doenças graves que acometem pessoas de todas as idades, possibilitando-lhes viver de maneira mais digna.

Segundo Piovesan (2006), o princípio da dignidade da pessoa humana possui acentuada carga axiológica no âmbito do direito constitucional ocidental. Ressalta, ainda, a citada autora que, para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Na esteira desse pensamento a autora assevera que:

As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a idéia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais. (2006, p. 30).

O princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado a outros princípios, a saber, o princípio da liberdade, o

princípio da igualdade e o princípio da solidariedade, os quais devem ser analisados contextualmente, vale dizer, em cotejo com as normas da Constituição.

Como explica Haberle, pode-se perceber que as diversas cláusulas inseridas nos textos constitucionais sobre a dignidade humana estão relacionadas a uma concepção culturalmente específica de dignidade humana, o que coloca a questão no plano da dependência cultural. Cita como exemplo a posição da mulher no Islam e indaga se a mesma contraria um conteúdo de dignidade humana válido em todo o mundo (universal) e irrenunciável (2007).

Prosseguindo, Haberle indaga se existe um núcleo da dignidade humana que seja independente do âmbito cultural. E afirma que essa questão somente pode ser respondida de forma específica em relação aos direitos fundamentais, conforme assinalado em seguida:

Há que se partir da tese de que o conjunto dos direitos de tipo pessoal, por um lado, e dos deveres, por outro, devem permitir ao ser humano chegar a ser uma pessoa. Ser e continuar sendo. Nesta garantia jurídica, específica dos âmbitos vitais, do ser pessoa, da identidade, encontra a dignidade humana seu lugar central: o como é que o ser humano chega a ser pessoa nos oferece indícios do que seja a “dignidade humana”. Aqui devem ser distinguidas duas questões: como se forma a identidade humana em uma sociedade e em que medida pode partir-se de um conceito de identidade válido *entre culturas*. (2007, p. 290, tradução livre).

Essa compreensão do sentido de “dignidade humana” leva a concluir que o relevo que se confere à expressão em si somente é apropriado de maneira adequada se analisado em cotejo com os direitos fundamentais. Partindo daí é possível chegar a algumas conclusões: i) em primeiro, a Constituição Federal brasileira de 1988 coloca o direito à vida como direito fundamental; ii) em segundo, a igualdade e a liberdade também estão inseridas entre os direitos fundamentais; iii) em terceiro, o artigo 225, § 1º, inc. II da Constituição de 1988, estabelece o princípio da solidariedade entre as gerações.

Importa destacar que os princípios mencionados acarretam consequências de ordem prática, ou seja, se manifestam na relação entre o Estado e a sociedade. Daí porque ressalta Novais que “do reconhecimento da dignidade humana decorre, também, o reconhecimento do poder de a pessoa se autodeterminar, de dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida” (2006, p. 274).

No que concerne especificamente ao princípio da solidariedade, vale lembrar que na dignidade humana se concebe a relação com o “tu”, ou seja, com o outro, e essa referência ao outro, ao próximo, ao tu ou ao irmão é parte integrante do princípio jurídico fundamental da dignidade humana (HABERLE, 2007).

A solidariedade de que cogita o Texto Constitucional se refere não só às gerações presentes, mas principalmente às futuras gerações, demonstrando, assim, uma preocupação com a continuidade da vida humana, como se verifica no voto da ministra Cármen Lúcia:

O art. 225, § 1º, inc. II, da Constituição brasileira estabelece o princípio da solidariedade entre as gerações, como forma de garantir a dignidade da existência humana, quer dizer, não apenas a dignidade do vivente (agora), mas a dignidade do viver e a possibilidade de tal condição perseverar para quem vier depois.

A esses argumentos se acrescenta o seguinte: o § 4º do artigo 199 da Constituição de 1988 preceitua que “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização”.

Como visto, é a própria Constituição que autoriza o legislador infraconstitucional a disciplinar a matéria relacionada à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Aliás, tal previsão vem confirmar a relevância que os princípios constitucionais anunciados possuem para o ordenamento jurídico pátrio, bem como a relevância da dignidade humana, conforme destacado no voto do ministro Carlos Britto:

Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, **primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida**. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. **Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras “desta vida de aquém-túmulo”**, como diria o poeta Mario de Andrade. (BRITTO, 2008, p. 59-60).

Vale salientar, ainda, que o legislador infraconstitucional, embora tenha tratado matéria de conteúdo polêmico em apenas um artigo – artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 – não o fez de maneira negligente. Com efeito, a crítica feita pelo ministro Gilmar Mendes é compreensível e aceitável, haja vista que matéria de tal complexidade foi inserida no bojo de uma lei, merecendo tratamento por apenas um artigo (2008). Contudo, essa fragilidade contida no texto da lei em comento não o impediu de proferir seu voto no sentido de declarar a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, nos seguintes termos:

Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o *princípio responsabilidade*, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano. O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pes-

quisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade. Assim, **julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.** (MENDES, 2008, p. 36).

Como se pode verificar, muitos são os argumentos e os fundamentos aptos a validar o conteúdo do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. Destaca-se, no entanto, que seu fundamento de validade reside mesmo é na própria Constituição de 1988, tendo em vista que, ao inserir o direito à vida como direito fundamental e ao colocar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, ao lado de outros elementos de igual importância, como a proclamação de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, com poderes independentes e harmônicos entre si, o sistema constitucional brasileiro evidencia a prevalência do direito à vida, ao mesmo tempo em que privilegia e afirma a dignidade humana. O reconhecimento a essa inescusável condição humana é um corolário do fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, conforme consignado na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

## 6 Considerações finais

O Estado Democrático brasileiro garante o direito à vida, à liberdade e à igualdade e estabelece que a dignidade da pessoa humana constitui um de seus fundamentos.

A Constituição brasileira de 1988 prevê, ainda, o princípio da solidariedade, conforme anunciado em seu artigo 225.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem preceitua, em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a ter respeitada sua vida (artigos 3 e 4). Assegura, ainda, que toda pessoa tem direito a ter respeitada sua integridade física, psíquica e moral (artigo 5, 1), assim como sua honra e sua dignidade (artigo 11).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assim estabelece em seu artigo 1º - 1: 1. Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Em seu artigo 15 -1, estatui que os Estados Partes reconhecem a cada indivíduo o direito de (b) desfrutar o progresso científico e suas aplicações e, no item 3, se comprometem a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

A Carta da Terra contém uma declaração de princípios igualmente importantes sobre questões fundamentais para a construção de uma sociedade global e para a prática de uma cultura democrática, de não violência e de paz. Tais princípios se relacionam de forma direta com o tema deste trabalho, a saber: artigo 1, b, afirmar a fé na dignidade inerente de todos os seres humanos e no potencial intelectual, artístico, ético e espiritual da humanidade; artigo 3, a, assegurar que as comunidades em todos os níveis garantam os direitos humanos e as liberdades fundamentais e proporcionem a cada pessoa a oportunidade de realizar seu pleno potencial; artigo 4, a, reconhecer que a liberdade de ação de cada geração é condicionada pelas necessidades das gerações futuras; 3, b, transmitir às futuras gerações valores, tradições e instituições que apoiem a prosperidade das comunidades humanas e ecológicas da Terra a longo prazo.

Observa-se que tanto a Constituição de 1988 como os documentos internacionais referidos destacam a preocupação com a proteção da vida humana e com a dignidade da pessoa humana.

A Carta da Terra, por se tratar de documento que tenta estabelecer um acordo mais amplo sobre questões inerentes à diversidade e cultura dos povos, visando construir uma ética compartilhada pelo maior número de pessoas, é considerada como um tratado dos povos no qual estão inscritas as inspirações e esperanças da sociedade globalizada. Nota-se, no entanto, que aferir um conceito uniforme de dignidade humana, assim como conferir essa condição aos indivíduos da espécie humana, ainda constitui um objetivo a ser alcançado.

O direito à integridade do próprio patrimônio genético encontra-se na pauta de debates das organizações internacionais e deverá alimentar grandes conflitos entre as diferentes correntes acerca da natureza do homem. Para Bobbio (2004), o direito à integridade do próprio patrimônio genético vai além do direito à integridade física. Como a história dos direitos do homem é uma história dos tempos longos, que não acontece sem grandes desafios, considera-se que o grande desafio que se coloca para as presentes gerações é encontrar um caminho seguro para preservar a espécie humana. Construir uma cultura de paz e de respeito pela natureza e pelo ser humano pode ser a saída para a efetivação dos direitos do homem.

A legislação brasileira que trata da utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia, foi declarada constitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme proferida nos autos da ADI nº 3510-0/DF. Entende-se, todavia, que a lei nacional que trata de matéria tão complexa o faz de forma simples, violando o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente, como destacado pelo ministro Gilmar Mendes. A criação de uma instituição central de ética e pesquisa, consoante sugerido, é indispensável não só para assegurar o respeito à lei, mas para impor limites ao processo tecnológico relacionado ao uso de material genético humano.

## Referências

AMARAL, Aécio. Ética do discurso e eugenia liberal: Jürgen Habermans e o futuro da natureza humana. **Liinc em Revista**,

Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 12-27, mar. 2008. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/viewFile/250/141>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3510-0/DF**. (Questionamento acerca da constitucionalidade do art. 5º da Lei Federal nº 11.105, “Lei da Biossegurança”, de 24 de março de 2005). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/noticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111105.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional

sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Casa Civil da Presidência da República. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2009.

DWORKIN, Ronal. **Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FELIPE, Sônia T. Equívocos da crítica Habermasiana à eugenia liberal. **Ética**, v. 4, n. 3 p. 339-359, 2005. Disponível em: <[www.cfh.ufsc.br/ethic@etesp5.pdf](http://www.cfh.ufsc.br/ethic@etesp5.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2009.

HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

**PARECER Nº 0750/2013 - CONS**  
**PROCESSO Nº SS 160680/2011 PMF**  
**INTERESSADO: RAYMUNDO PIMENTEL GOMES NETO**  
**ASSUNTO: AVERBAÇÃO DE TEMPO FICTÍCIO DE AGENTE POLÍTICO**

**Ementa:** AVERBAÇÃO DE TEMPO FICTÍCIO. AGENTES POLÍTICOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DIREITO ADQUIRIDO AO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO FICTÍCIO ASSEGURADO PELA EC 20/98. DEFERIMENTO DO PEDIDO.

**Summary:** RECORDING OF TIME FICTITIOUS. AGENTS POLITICAL. SOCIAL CONTRIBUTION. ACQUIRED THE RIGHT TIME CONTRIBUTION FICTITIOUS ASSURED BY EC 20/98. DEFERRING OF REQUIREMENT.

**RAYMUNDO PIMENTEL GOMES NETO**, servidor público municipal, matrícula nº 18602-01, ocupante do cargo de médico, lotado no Instituto Dr. José Frota - IJF, requer averbação de tempo de contribuição fictício do período de 01/02/1995 a 14/02/1998, para fins de aposentadoria, no qual esteve no exercício de Mandado Parlamentar na Câmara dos Deputados Federais, docs. 03 e 10.

O servidor anexou documentos de fls. 03, 04 e 10 – PGM, que comprovam o exercício do mandato eletivo.

Às fls. 33/40, consta parecer emitido pela Assessoria Jurídica do IJF, indo pelo indeferimento do pleito do servidor.

Às fls. 44/45, consta despacho sugerindo que os autos fossem encaminhados à Procuradoria-Geral do Município, tendo em vista o indeferimento do pedido inicial, como também sua ratificação, no pedido de reconsideração feito pelo postulante.

Às fls. 55, consta certidão da Câmara dos Deputados Federais informando que o servidor contribuiu para o Instituto de Previdência dos Congressistas - IPC, sendo-lhe restituído a pedido, nos termos da Lei nº 9.506/97.

É o relatório. Passo a opinar.

Antes de adentrarmos ao mérito do pedido, faremos breve análise acerca da legislação que disciplina a contribuição social dos agentes políticos.

A Lei nº 4.284, de 20 de novembro de 1963, criou o Instituto de Previdência dos Congressistas (IPC), com personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e financeira. Tendo como segurados obrigatórios todos os parlamentares exercentes de mandato eletivo federal, estadual e municipal na data de sua entrada em vigor, que ocorreu na data de sua publicação, bem como os que no futuro fossem eleitos, conforme art. 2º aqui transcrito:

Art. 2º São associados obrigatórios do Instituto de Previdência dos Congressistas todos os atuais parlamentares e os que no futuro forem eleitos, independentemente de idade e de exame de saúde.

A norma foi alterada pela Lei nº 4.937, de 18 de março de 1966, sendo ambas revogadas pela Lei Ordinária nº 7.087, de 29 de dezembro de 1982, que em seu art. 21 ratificou a obrigatoriedade de filiação dos Congressistas, vide:

Art. 21 São segurados obrigatórios do IPC, independentemente de idade e de exame de saúde, os Congressistas e, quando em exercício, os suplentes de Deputado e Senador.

Vale salientar que a referida lei ainda fixou o período de oito anos de contribuição para a efetivação da carência para a concessão da pensão, conforme art. 23 abaixo transcrito, sendo este artigo repetido em diversas legislações estaduais e municipais que foram declaradas inconstitucionais pelo STF.

Art. 23 O período de carência para concessão de pensão é de oito anos de contribuição.

*Ad argumentandum*, a “pensão” de que trata este artigo é na verdade um tipo de aposentadoria, vide art. 34 da referida lei:

Art. 34 O segurado só fará jus à pensão, salvo o disposto no art. 37 desta Lei, depois de pagas as contribuições rela-

tivas ao período de carência, exigida, ainda, dos segurados obrigatórios ou facultativos filiados após a data da entrada em vigor desta Lei idade, mínima de 50 (cinquenta) anos.

Em 30 de outubro de 1997, foi publicada e entrou em vigor a Lei nº 9.506, que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas e deu outras providências, informando a nova fonte de manutenção dos benefícios já concedidos e criando novo regime para os congressistas que optassem por continuar a contribuir.

Art. 1º Fica extinto o Instituto de Previdência dos Congressistas - IPC, criado pela Lei nº 4.284, de 20 de novembro de 1963, e regido pela Lei nº 7.087, de 29 de dezembro de 1982, sendo sucedido, em todos os direitos e obrigações, pela União, por intermédio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os quais assumirão, mediante recursos orçamentários próprios, a concessão e manutenção dos benefícios, na forma estabelecida nesta Lei, preservados os direitos adquiridos em relação às pensões concedidas, atualizadas com base na legislação vigente à data da publicação desta Lei, bem como às pensões a conceder, no regime das Leis nº 4.284, de 20 de novembro de 1963, nº 4.937, de 18 de março de 1966, e nº 7.087, de 29 de dezembro de 1982.

O parágrafo 5º do artigo acima transcrito assegurou o ressarcimento das contribuições recolhidas ao IPC pelos Congressistas que não optaram por continuar no regime ou que não ainda não haviam satisfeito os requisitos para a concessão da pensão:

Art. 1º [...] § 5º A Casa Legislativa ou órgão a que se vinculou o segurado ressarcirá as contribuições por este recolhidas ao IPC, atualizadas monetariamente, mês a mês, pelos índices de remuneração das cadernetas de poupança, no prazo de sessenta dias:

I - a partir de 1º de fevereiro de 1999, aos atuais congressistas que o requererem;

II - a partir de 1º de fevereiro de 1999, aos atuais segurados facultativos que não tiverem adquirido direito a pensão,

na forma da legislação vigente até a data de publicação desta Lei;

III - a partir de 1º de fevereiro de 1999, aos ex-segurados que, embora tendo adquirido o direito a pensão, não o tenham exercido, e desde que optem, em detrimento deste, pelo ressarcimento previsto neste parágrafo.

Ocorre que a referida lei também alterou a situação jurídica dos agentes políticos, estabelecendo em seu art. 13 a qualidade de segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social aos referidos agentes públicos, quando não enquadrados no Regime Próprio de Previdência Social. O referido dispositivo assim estabeleceu:

Art. 13. O Deputado Federal, Senador ou suplente em exercício de mandato que não estiver vinculado ao Plano instituído por esta Lei ou a outro regime de previdência participará, obrigatoriamente, do regime geral de previdência social a que se refere a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 1º O inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea h:

“Art. 12. ....

I - .....

.....

h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;”

§ 2º O inciso I do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea h:

“Art. 11. ....

I - .....

.....

h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;”

§ 3º O inciso IV do art. 55 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 55. ....

.....

IV - o tempo de serviço referente ao exercício de mandato

eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não tenha sido contado para efeito de aposentadoria por outro regime de previdência social;

.....”

Em que pese à possibilidade de instituição de nova contribuição social, o dispositivo da lei foi considerado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade difuso, vez que a União extrapolou seu poder de tributar, instituindo contribuição em prol da seguridade social para além dos limites das fontes de custeio previstas na Constituição Federal, sem obedecer ao aspecto formal do processo legislativo. Conforme jurisprudências abaixo transcritas:

RE 351.717/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 08.10.03, DJ de 21.11.2003 Ementa CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: PARLAMENTAR: EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO FEDERAL, ESTADUAL ou MUNICIPAL. Lei 9.506, de 30.10.97. Lei 8.212, de 24.7.91. C.F., art. 195, II, sem a EC 20/98; art. 195, § 4º; art. 154, I.

I. - A Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, acrescentou a alínea h ao inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório do regime geral de previdência social o exercente de mandato eletivo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

II. - Todavia, não poderia a lei criar figura nova de segurado obrigatório da previdência social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, C.F. Ademais, a Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, ao criar figura nova de segurado obrigatório, instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição social sobre o subsídio de agente político. A instituição dessa nova contribuição, que não estaria incidindo sobre “a folha de salários, o faturamento e os lucros” (C.F., art. 195, I, sem a EC 20/98), exigiria a técnica da competência residual da União, art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º, ambos da C.F. É dizer, somente por lei complementar poderia ser instituída citada contribuição.

III. - Inconstitucionalidade da alínea h do inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, introduzida pela Lei 9.506/97, § 1º do art. 13.

IV. - R.E. conhecido e provido.

STF - RE-AgR 344571 / PR – PARANÁ AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 30/03/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 30-04-2004 PP-00046 EMENT VOL-02149-10 PP-01961

EMENTA: Contribuição previdenciária de agentes políticos instituída pelo § 1º do art. 13 da L. 9.506/97, que acrescentou a alínea h no inciso I do art. 12 da L. 8.212/91: inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal no julgamento do RE 351.717 (Pleno, Carlos Velloso, DJ 21.11.2003), por afronta ao artigo 195, II, CF sem a EC 20/98.

Insta salientar que o Senado procedeu à suspensão da execução do dispositivo reputado como inconstitucional pelo STF, por meio da Resolução 26/2005, no exercício da competência prevista no art. 52, inciso X da Carta Magna, extirpando assim a alínea “h” do inciso I, art. 12, Lei nº 8.212/91 do ordenamento jurídico. Segue abaixo Resolução:

RSF 26/2005 (RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL)  
21/06/2005

Fonte: D.O.U. DE 22/06/2005, P. 5

Ementa: **SUSPENDE A EXECUÇÃO DA ALÍNEA “H” DO INCISO I DO ART. 12 DA LEI FEDERAL Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991, ACRESCENTADA PELO PAR. 1º DO ART. 13 DA LEI FEDERAL Nº 9.506, DE 30 DE OUTUBRO DE 1997.**

Referenda: SENADO FEDERAL – SF.

Conforme acima descrito, a declaração de inconstitucionalidade da alínea “h”, inciso I, do art. 12 da Lei nº 8.212/91, acrescida pelo § 1º do art. 13 da Lei nº 9.506/97, não ocorreu por impossibilidade de criação de nova contribuição social incidente sobre os agentes políticos, mas apenas, pelo seu vício formal, ou seja, no processo legislativo, que exige para a criação de novas contribuições a previsão em lei complementar, tendo por base o que dispõem os arts. 154, I c/c 195, § 4º da CF:

**Art. 195** - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

**I** - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

**a)** a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

**b)** a receita ou o faturamento;

**c)** o lucro;

**II** - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o Art. 201;

**III** - sobre a receita de concursos de prognósticos;

**IV** - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

[...]

**§ 4º** - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no Art. 154, I.

**Art. 154** - A União poderá instituir:

**I** - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

**II** - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Posto isto, para a criação de nova contribuição social será necessária a edição de Lei Complementar. Como a Lei nº 9.506/97 é lei ordinária, não segue a diretriz constitucional.

Sendo assim, tendo por base o Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento que rege a previdência social, para que os Congressistas não amparados pelo Regime Próprio não ficassem desacobertados da previdência, a referida contribuição veio consubstanciada em nova roupagem através da Emenda

Constitucional nº 20/98, retificando, assim, o vício formal constante na Lei nº 9.506, dispondo em seu art. 1º o abaixo transcrito:

Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 195 - .....

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

**II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;**

.....

§ 8º - O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

§ 9º - As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.

§ 10 - A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

§ 11 - É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, “a”, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. [...]

Portanto, com a edição da Emenda, e a alteração do art. 195, II da CF, foi aberta clara incidência para a possibilidade de

contribuições dos agentes políticos à previdência social. Vide jurisprudência:

STF RE-AgR 344393 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 23/11/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 10-12-2004 PP-00046 EMENT VOL-02176-03 PP-00390 Ementa RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DETENTORES DE MANDATO ELETTIVO. LEI 9.506/97. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 351.717/PR, rel. Min. Carlos Velloso, unânime, declarou a inconstitucionalidade do art. 13, § 1º da Lei 9.506/97 - que instituiu contribuição social para o custeio da previdência de agentes políticos -, por contrariedade aos artigos 195 (redação original) e 154, I da Constituição. 2. A alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98 no referido art. 195 da CF/88, portanto, não está em causa. 3. Agravo regimental improvido.

Em suma, a exigibilidade das contribuições sociais em questão, antes fundada na lei, ganhou nova feição na própria Constituição, em decorrência do Poder Constituinte Derivado, ou seja, após 16 de dezembro de 1998, data da publicação da EC 20 no Diário Oficial. Pois a emenda preencheu os requisitos formais do processo legislativo para criação da nova fonte de custeio da seguridade social, estando em sintonia com o sustento da previdência pública. Devendo assim, haver contribuição dos agentes políticos quando não filiados a Regime Próprio.

Vale salientar, que a Emenda Constitucional n. 20/98 explicitou de forma solar que, a partir de sua entrada em vigor, as contribuições sociais para a seguridade social estariam plenamente amparadas nas fontes de custeio estabelecidas no art. 195 da CF, ao que a imposição tributária sobre os agentes políticos é pura decorrência da norma constitucional derivada, que passa a albergar os diplomas normativos impositivos da tributação, até que disposta a matéria em lei posterior à Emenda, continuaram, por força da norma constitucional derivada, a prevalecer as contribuições estabelecidas em lei até à data da edição da própria EC 20/98. Conforme consta no art. 12 da EC 20/98:

Art. 12. Até que produzam efeitos as leis que irão dispor sobre as contribuições de que trata o art. 195 da Constituição Federal, são exigíveis as estabelecidas em lei, destinadas ao custeio da seguridade social e dos diversos regimes previdenciários.

**A Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, em seu art. 11, cumpriu a prescrição constitucional derivada, acrescentando a alínea j, ao inciso I, art. 12, da Lei n. 8.212/91:**

Art. 11. A Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 12. ....

I - .....

j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;”

Em verdade, a Lei nº 10.887/04 não criou contribuições novas, vez que esta é matéria afeita a Lei Complementar, mas apenas implementou diretriz constitucional derivada que, esta sim, acolheu a contribuição incidente sobre os agentes políticos. Havendo apenas uma efetivação do comando constitucional derivado, vez que até a entrada em vigor da Lei nº 10.887/04, são exigíveis as contribuições constantes na Lei nº 9.506/97.

Vale salientar que a Lei nº 10.887/04 foi seguida com posterior edição da Resolução nº 26 do Congresso Nacional em 21 de junho de 2005, acima referida, extirpando do ordenamento o dispositivo constante no art. 13 da Lei nº 9.506/97, afinal, tendo em conta que a essência normativa já havia sido perfilhada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

**Exposto o histórico da legislação pertinente à matéria, vamos à análise acerca da necessidade ou não de contribuição, por parte dos agentes políticos:**

Em remoto julgado do STF (RE 186.389-7/RS, Pleno, julgamento em 25.09.96, DJ de 19.12.96), antes da publicação da Emenda nº 20/98, o Min. Sepúlveda Pertence aduziu: **“jamais percebi nessas pensões parlamentares, ditas aposentadorias parlamentares, uma mera pensão graciosa. A contribuição do parlamentar, aí, não é apenas a sua contribuição em dinheiro**

a cada mês. Há, embora ainda não se cuide de aposentadoria, um tempo de serviço a considerar. “E essa solução da pensão alimentar – tentei mostrá-lo no voto na medida cautelar da ADI 455/SP -, ao contrário do que um certo moralismo – com o perdão da palavra – perfunctório gosta de assoalhar, é universal. E, curiosamente, em muitos países, da maior respeitabilidade, o instituto dispensa qualquer contribuição do parlamentar; é um ônus estatal de conceder pensão pelo tempo de serviço parlamentar prestado ao Estado. Assusta-me um pouco assimilá-la à pensão graciosa clássica. É outra coisa o benefício para a aquisição do qual a lei estabelece condições prévias, que envolvem o trabalho do beneficiado: envolve, às vezes, vinte, trinta, quarenta anos de exercício parlamentar.”

No mesmo sentido, na ADI nº 455-7/DF, o Min. Sepúlveda Pertence havia assinalado:

19. De logo, é preciso ponderar que – ao contrário do que insinua, quando não afirma, o discurso moralista em voga, freqüentemente eivado de indisfarçável farisaísmo -, a pensão parlamentar – em bases similares à que se discute -, não é criação brasileira. 20. Em *La Procédure Parlementaire en Europe*, publicada em Paris, em 1955, Lord Campion e D. W. S. Linderdale enumeram benefícios similares concedidos a ex-parlamentares no Reino Unido, na França, na Bélgica, em contrapartida a contribuições incidentes sobre os subsídios e, independentemente de cotização dos interessados, nos três países escandinavos e nos Países Baixos. De sua vez, a justificação do Projeto 2.490/60, da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, que criou, no plano federal, o Instituto de Previdência dos Congressistas – IPC -, da lavra do nobre então Deputado e hoje Senador Nelson Carneiro, informa documentadamente da existência de benefícios semelhantes, além dos países referidos, na Austrália, no Canadá, na União Sul Africana, na Finlândia, na Itália, na Nova Zelândia e nos Estados Unidos (cfr. Anais da Câmara dos Deputados, 1960/v. XXIII/676) (voto na ADI (ML) 455-7/DF, julgamento em 23.05.91, DJ de 14.06.91).

No que pese esse entendimento, outros doutrinadores e juristas vão em sentido contrário, como Maria Sylvia Zanella Di

Pietro, que dissertando sobre a aposentadoria dos servidores públicos, sustenta que, a partir de EC nº 41/03, o regime previdenciário de caráter contributivo tornou-se obrigatório para os agentes políticos em qualquer esfera federativa:

Com a Emenda Constitucional nº 41, de 19-12-03, foi alterada a redação do artigo 149, § 1º, para determinar que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”. Vale dizer que o regime previdenciário de caráter contributivo, já aplicado para os servidores federais com base na Emenda Constitucional nº 3/93, tornou-se obrigatório para Estados e Municípios (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 467-468).

Valendo salientar que a legislação que regulava o IPC exigia a contribuição compulsória de seus segurados obrigatórios, desde a sua criação até sua extinção, vide art. 12 da Lei nº 9.506/97:

Art. 12. O Plano de Seguridade Social dos Congressistas será custeado com o produto de contribuições mensais: I - dos segurados, incidentes sobre a remuneração mensal fixada para os membros do Congresso Nacional e calculadas mediante aplicação de alíquota igual à exigida dos servidores públicos civis federais para o custeio de suas aposentadorias e pensões; II - da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de valor idêntico à contribuição de cada segurado, fixada no inciso anterior; III - dos beneficiários das aposentadorias e pensões incidentes sobre o valor das mesmas que exceda o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e calculadas mediante a aplicação da mesma alíquota a que se refere o inciso I.

No caso em tela, vale mencionar que a EC nº 20/98, em seu art. 1º, também modificou o art. 40, par. 10 da CF:

Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

**§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.**

[...]”

Este artigo revogou toda a legislação que lhe era contrária, principalmente infraconstitucional, a partir de sua vigência, ou seja, de 16 de dezembro de 1998 (art. 16), impossibilitando os servidores públicos a partir daquela data de se utilizar das normas legais, então revogadas, para obter tempo de contribuição fictício.

Em que pese o acima disposto, mencionada Emenda, em seu art. 4º, assegurou aos servidores que ao tempo da sua publicação tivessem reunido todos os requisitos para requerer a aposentação - inclusive em relação à contagem de tempo de serviço fictício - o direito à inatividade remunerada, nos termos da legislação revogada. Vide art. 4º:

**Art. 4º. Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.**

Há, todavia, quem sustente que o referido artigo não contém regra determinando a incidência retroativa da proibição da contagem do tempo fictício para antes da publicação da Emenda, pretendendo disciplinar apenas a contagem do tempo de serviço durante o interstício entre esta data e a da anunciada lei que dis-

ciplinará a matéria, isto porque sua redação é deveras confusa, cabendo uma análise pormenorizada acerca deste artigo.

Em suma, o artigo diz que será contado como tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, até que a lei discipline a matéria, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente (observado, como vimos, o § 10 do art. 40 da CF).

**A má redação e a falta de menção ao que seria a legislação vigente é o início do problema, porque pode referir-se a então vigente na publicação da Emenda ou à vigente em função da Emenda. Neste ponto, entendemos que seria em relação à legislação anterior, vez que não seria correto o texto legal denominar de legislação vigente a que acabou de revogar, se somente a legislação revogada considerava o tempo fictício para a concessão de aposentadoria, sem a necessidade de contribuição.**

O segundo problema é a imprecisa expressão “cumprido até que a lei discipline a matéria”, vez que não deixa claro se faz referência ao tempo entre a publicação da emenda e a edição da lei que a disciplinar, ou se pretende abarcar inclusive o tempo de serviço anterior à Emenda. Embora a ambiguidade de interpretações, entende-se que a própria reforma constitucional já havia abolido a contagem do tempo fictício a partir da publicação da emenda (art. 40, § 10 da CF).

No que pese a expressa salvaguarda do direito adquirido aos servidores que tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, o mesmo deve ser aplicado àqueles que ainda não haviam completado as exigências, mas que já tinham adquirido qualquer tipo de tempo de contribuição fictício, não necessitando de expressa menção, vez que o poder Constituinte derivado de legislar tem um compromisso de dar validade e eficácia aos princípios abraçados pela Lei Maior, como conclui acertadamente parte da doutrina.

**Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é o direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente posta é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (KELSEN). (BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito Adquirido contra as Emendas Cons-**

titucionais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar Ltda., vol. 202, out./dez. 1995, p. 75).

**Com efeito, apesar da dificuldade de extração do conteúdo da norma por sua imprecisão e falta de técnica, conclui-se que o sentido da norma é mesmo disciplinar a transição entre a publicação da Emenda Constitucional e a da Lei que vier a disciplinar a matéria, dispondo sobre aproveitamento de todo o tempo de serviço anterior, inclusive antes de 16 de dezembro de 1998.**

No caso em tela, o servidor efetivamente contribuiu para o Regime Próprio de Previdência regulado pelo IPC, quando no exercício do seu mandato de Deputado Federal. No entanto, como o mesmo requereu a restituição dos valores de suas contribuições em 02/01/1999, o seu tempo de contribuição tornou-se fictício, vez que houve serviço prestado, mas sem contribuição. Ocorre que a restituição ocorreu antes da edição da EC nº 20/98, que aboliu a contagem de tempo de serviço fictício, estando o seu direito assegurado pelo art. 4º da referida Emenda, já que a contribuição dos agentes políticos quando não filiados ao Regime Próprio só tornou-se obrigatória com a lei que instituiu a referida obrigação, qual seja, Lei nº 10.887/04, publicada em 18 de junho de 2004.

Sendo assim, diante de todo o exposto, como a Administração Pública está vinculada à legalidade estrita, somos pelo **deferimento** do pleito, devendo-se reconhecer o direito adquirido do servidor, a contagem do tempo de contribuição fictício do período 01/02/1995 a 14/02/1998 (nos termos da certidão expedida pela Câmara dos Deputados Federais, fls. 03 e 10 - PGM) para efeitos de aposentadoria.

É o parecer.

Fortaleza, CE – 29 de maio de 2013.

**LIDUINA OFÉLIA DUARTE BARRETO**  
Procuradora do Município

