



Revista Faculdade de Direito UFBA

V. 40, N.1 (jan./jun. 2014) Salvador, BA

Editor Responsável da Revista da Faculdade de Direito da UFBA

Julio Cesar de Sá da Rocha

Comissão da Congregação para as Revistas da Faculdade de Direito da UFBA, nºs. 40 e 41

Professor Doutor Julio Cesar de Sá da Rocha, Coordenador

Professor Doutor. Helconio de Souza Almeida

Professor Doutor Heron José de Santana Gordilho

Secretaria da Revista

Noecy Nunes de Almeida

Revisão e Normalização

Rosane Rubim

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL**REPRESENTANTES NACIONAIS**

Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Professor Doutor José Eduardo Faria – Universidade de São Paulo – USP

Professor Doutor José Geraldo de Sousa Júnior – Universidade de Brasília – UNB

Professora Doutora Livia Gaigher B. Campello – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS

Professora Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN

Professor Doutor Nelson Nery Júnior - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP

Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca – Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professor Rogério Dutra dos Santos – Universidade Federal Fluminense – UFF

Professor Doutor Valmir Pozzetti – Universidade do Estado do Amazonas/UEA

REPRESENTANTES INTERNACIONAIS

Professor Doutor João Leal Amado, Universidade de Coimbra, Portugal

Professor Doutor Júlio Gaitán Bohórquez – Universidad del Rosario, Colômbia

Professor Kenneth Williams, University of South Texas Law School, Estados Unidos da América

Professor Pablo Buompadre – Universidad Nacional Del Nordeste, Argentina

MEMBROS DO CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

Professora Doutora Adriana Silva Maillart – Universidade Nove de Julho – Uninove/SP

Professora Doutora Carolina Medeiros Bahia – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Professora Doutora Clarisse Laupman – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP

Professora Doutora Daisy Rafaela da Silva – Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal

Professor Doutor Jonathan Barros Vita – Universidade de Marília - Unimar

Professora Doutora Lídia Ribas – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS

Professor Doutor Luiz Henrique Antunes Alochio – Centro Universitário Vila Velha/ES - UVV

Professora Doutora Maria Claudia Souza Antunes - Universidade do Vale do Itajaí/SC - Univali

Professora Doutora Maria Rosaria Barbato – Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Professora Doutora Mariana Ribeiro Santiago – Universidade de Marília - Unimar

Professora Doutora Margareth Leister – Centro Universitário Fieo/SP- UNIFIEO

Professor Doutor Teofilo Arêa Leão Jr. Centro Universitário Eurípides de Marília - Univem

Professora Doutora Valesca Raizer Borges Moschen – Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Professora Doutora Viviane Sello Knoerr - Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba

Professora Doutora Vivian Gregori – Universidade de São Paulo - USP

Artigos recebidos: 13

Artigos que não atenderam ao edital: 2

Artigos que foram rejeitados pelos pareceristas: 4

Artigos recebidos de convidados: 1

Artigos publicados: 8

Memória Histórica Discurso de Paraninfo: 1; **Relatório de Comissão da Verdade:** 1

Revista da Faculdade de Direito - UFBA. –
v. 40, n.1 (jan./jun. 2014). – Salvador, BA, 1893-

ISSN: 1413-6600

Anual. 1893-2006; Semestral: 2014

Suspensa de: 1894-1896, 1898-1909, 1911-1914, 1918-1931,
1962-1990, 1992-1995, 2006-2013.

Disponível também: <http://www.direito.ufba.br/publicacoes.php>

1. Direito – Periódicos. I. Faculdade de Direito - UFBA

nota do diretor

Desde que foi fundada, em 1892, com a finalidade de estimular a produção do conhecimento e o debate entre pesquisadores, a Revista da Faculdade de Direito tem se mantido como veículo de disseminação da ciência, envolvendo diferentes agentes do campo jurídico, das ciências sociais e da filosofia, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.

A Revista possibilita a democratização do conhecimento, com acesso público, gratuito e imediato, incentivo a pesquisa, o ensino e a extensão, essenciais ao mandamento de que a universidade cumpra sua função social. Importante pontuar que o conhecimento científico precisa ser publicizado, reproduzido e amplamente divulgado. Por isso, a Revista da Faculdade de Direito está integralmente divulgada através da internet.

Por fim, agradecemos aos Editores e aos autores pela publicação desta nova edição da Revista da Faculdade de Direito da UFBA. Trata-se de um dos mais antigos periódicos jurídicos brasileiros e sua retomada enche de emoção toda Comunidade da Centenária Faculdade de Direito da Bahia.

Salvador, julho de 2014

Celso castro

Diretor da Faculdade de Direito da UFBA

Sumário

- 05 ————— | **EDITORIAL**
- 07 ————— | **REVELIA DO DEMANDADO POBRE E REGRA DE PRESUNÇÃO DE VERDADE DOS FATOS ALEGADOS PELO DEMANDANTE NA PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS.**
Wilson Alves de Souza
- 28 ————— | **PESQUISA EM DIREITO DO TRABALHO: NOTAS PARA UMA PROPOSTA METODOLÓGICA**
Isabela Fadul de Oliveira
- 49 ————— | **CONTRA MITOS E FARSAS: BREVE ENSAIO SOBRE NEUTRALIDADE, IDEOLOGIA E CIÊNCIA JURÍDICA.**
Murilo C. S. Oliveira
- 69 ————— | **O ACRÉSCIMO DE 25% NAS APOSENTADORIAS DO RGPS: UMA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA REGRA DO ART. 25º DA LEI 8.213/91**
Durval Carneiro Neto e Bárbara Évelyn Araújo Figueirêdo
- 89 ————— | **AÇÃO RECISÓRIA, CAUSA DE PEDIR E COMPETÊNCIA: VÍCIOS PERPETRADOS POR ÓRGÃOS DISTINTOS NO MESMO PROCESSO DE CONHECIMENTO**
Eduardo da Silva Villas-Bôas
- 112 ————— | **PIRÂMIDE FINANCEIRA: ATIVIDADE ILÍCITA E OS CRIMES NA NORMA PENAL BRASILEIRA**
Barbara Valério Cardoso da Silva e Jefferson Correia da Rocha
- 133 ————— | **O DISPOSITIVO DE NORMA DE EFICÁCIA CONDICIONADA À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE OUTRA NORMA: TÉCNICA LEGISLATIVA A FAVOR DA HARMONIZAÇÃO DOS PODERES E DA SEGURANÇA JURÍDICA**
Igor Silveira Santana Santos
- 153 ————— | **RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE E INFLUÊNCIA DAS DECISÕES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE SIMULTÂNEO**
Fabrício do Vale Barretto

editorial

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica nacional e internacional o número 40 da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Registramos que a Revista é um instrumento à disposição do pensamento jurídico e de disseminação das ciências com aprofundamento da reflexão e produção teórica que se desenvolve no meio acadêmico. A Revista da Faculdade de Direito da UFBA é publicação seriada, arbitrada e dirigida prioritariamente à comunidade acadêmico-científica, com linha editorial e normas de submissão, atendendo aos critérios Qualis-periódicos. Cabe mencionar que todos os trabalhos encaminhados foram submetidos ao Conselho Editorial de pareceristas Ad Hoc pertencentes às Unidades da Federação distintas da Instituição responsável pelo periódico com utilização da modalidade *blind review* de avaliação. Foi recebido artigo de convidado, primeiro professor-titular desta nova fase da Faculdade de Direito da UFBA. Na parte Memória História, fotos e discurso de Paraninfo da formatura da Turma 2014.1.

A Faculdade de Direito foi criada em 1891 e o primeiro número da Revista foi publicado em 1892, contribuindo de forma significativa para a cultura jurídica, de acesso público e gratuito, incentivo ao ensino, a pesquisa e a extensão. Com trabalhos desenvolvidos pela Biblioteca e pelo recém criado Memorial da Faculdade de Direito foram recuperados os primeiros números da Revista.

Com a edição do Decreto do Governo Provisório 1232-H, de 2 de janeiro de 1891, possibilitou-se o surgimento das Faculdades Livres de Direito e dispôs que cada Faculdade tivesse Revista Acadêmica (Art. 207º) e fosse coordenada por comissão composta por cinco professores e aprovada pela

Congregação da Faculdade. Fazemos homenagem aos 122 anos da Revista da Faculdade de Direito. O Sumário da Revista número 1/1892 tinha corpo de redação então composto pelos Professores Doutores José Augusto de Freitas (Redator-Chefe), Sebastião Pinto de Carvalho, Affonso Castro Rebello, Manuel Joaquim Saraiva e Firmino Lopes de Castro. Para registro o Redator-chefe era formado pela Faculdade de Direito de São Paulo (1857) e foi Deputado Constituinte pela Bahia (1891) .

Após curto período sem publicação regular, a Revista da Faculdade de Direito da UFBA está sendo retomada, como várias outras iniciativas: a reforma, ampliação e melhoria das condições físicas, realização de concursos públicos, criação do Memorial da Faculdade de Direito, ampliação dos grupos de pesquisa e concessão de bolsas de iniciação científica, atividades de extensão. De fato, observa-se um ressurgimento da Faculdade de Direito, que reverencia seu passado, seus nomes ilustres, mas que caminha de forma consistente no seu presente para construir seu futuro.

Salvador, julho de 2014

Julio Cesar de Sá da Rocha

Coordenador da Comissão da Revista da Faculdade de Direito da UFBA

Editor Responsável

1 Foram deputados constituinte pela Bahia Anfilofio Botelho Freire de Carvalho, Antônio Eusébio de Almeida, Francisco de Paula Argollo, Aristides Augusto Milton, Artur Cesar Rios, José Augusto de Freitas, barão de São Marcos, barão de Vila Viçosa, Custodio José de Mello, Francisco Maria Sodré Pereira, Garcia Dias Pires de Carvalho, Leovigildo do Ipiranga A. Figueiras, Marcolino Moura Albuquerque, Francisco de Paulo Guimarães, Francisco Prisco de S. Paraiso, Francisco dos Santos Pereira, Sebastião Landulfo Medrado, Joaquim Inácio Tosta, José Tolentino de Carvalho, Aristides Spinola Cesar Zama, Rui Barbosa, Virgílio Clímaco Damásio.

revelia do demandado pobre e regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante na perspectiva do acesso à justiça e dos direitos fundamentais e humanos

Wilson Alves de Souza¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o problema do demandado revel vulnerável econômica e socialmente, que, por isso, não pode pagar advogado e deixa de apresentar defesa, em face da regra geral do processo civil de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, tendo em consideração os princípios da socialidade; democráticos; da dignidade da pessoa humana; da igualdade; do acesso à justiça; do devido processo em direito; do contraditório e da efetiva defesa; e os direitos fundamentais e humanos.

Palavras-chaves: demandado; revel; pobreza; direitos fundamentais; direitos humanos; acesso à justiça.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the problem of the defendant revel vulnerable socially and economically, so you can't afford a lawyer and let of presenting defense in the face of general civil procedure rule of presumption of truth of the facts alleged by the applicant, taking into consideration the principles of socialization, democracy, human dignity, equality, access to justice, due process of law, and effective defense of audit alteram partem, and fundamental rights and humans.

Keywords : defendant; revel; poverty; fundamental rights; human rights; access to justice.

¹ Pós-doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia; Professor Convidado da Universidade de Buenos Aires; Juiz Federal

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do processo civil (em sentido amplo) determinados ordenamentos jurídicos são drásticos em relação ao efeito da revelia no plano fático, ao prescreverem a regra geral de presunção da verdade dos fatos alegados pelo demandante.²

Normalmente, tais ordenamentos são expressos no sentido de estabelecerem regras de exceção ao efeito de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, mas não é comum prescrição expressa de exceção a tal regra que leve em consideração a situação de vulnerabilidade social e econômica (pobreza, analfabetismo, etc.) do demandado.³

Sendo assim, tendo em consideração os princípios da socialidade; democráticos; da dignidade da pessoa humana; da igualdade; do acesso à justiça; do devido processo em direito; do contraditório e da efetiva defesa; e os direitos fundamentais e humanos, cabe perguntar: a vulnerabilidade econômica e social é ou não exceção implícita a regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, a exigir nomeação de advogado em favor do demandado para apresentação de defesa? Se a resposta a tal questão for positiva quais os meios processuais a serem utilizados para a efetivação de tal garantia? Do mesmo modo, se a resposta à primeira questão for positiva, e se o Estado não garante tal direito pode este ser responsabilizado no âmbito interno ou internacional?

É o que se tentará responder nas linhas que se seguem.

² Assim, o Código de Processo Civil brasileiro, ao dispor, no Artigo 319, que: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. No Projeto de Código de Processo Civil (artigo 342), que tramita no Congresso Nacional, não há diferença substancial de redação. Em lugar de “reputar-se-ão” consta “considerar-se-ão”.

³ É o caso do Código de Processo Civil brasileiro, ao dispor, no Artigo 320, que: “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente se: I – havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato”. O Artigo 342 do Projeto de Código de Processo Civil é cópia fiel do artigo ora transcrito do Código atual.

2. CONCEITO DE REVELIA E SEU EFEITO NO PLANO FÁTICO

Em sentido próprio, entende-se por revelia a circunstância de o demandado regularmente citado não apresentar contestação efetiva e tempestiva no prazo legal.

Às vezes a palavra *revelia* é empregada em sentido impróprio, como, por exemplo, para significar abandono do processo.⁴ Mas isso é, evidentemente, uma confusão de conceito.

Só ocorre revelia se o demandado é regularmente citado porque citar pessoa estranha ao processo ou não citar validamente o réu equivale à falta de citação, de maneira que a não há revelia sem citação válida.⁵

Pelo menos no plano dos fatos, não faz sentido algum contestar por negação geral, sem impugnação específica no plano dos fatos. Dito de outro modo, não basta dizer que contesta sem nada contestar ou apresentar manifestação com tal nome sem qualquer pertinência com a demanda. Daí a regra do ônus da impugnação específica de todos os fatos articulados pelo demandante, de modo que se o réu impugna alguns fatos e deixa outros sem impugnação, presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, com as ressalvas da própria lei.⁶

A revelia produz diversos efeitos. Aqui interessa apenas o efeito no plano dos fatos. E nesse plano os ordenamentos jurídicos costumam prescrever a regra geral de presunção da verdade dos fatos articulados pelo demandante.⁷

4 Assim, por exemplo, o Código de Processo Civil brasileiro, ao dispor que no caso de morte de procurador das partes, estas serão intimadas para constituir outro procurador no prazo que 20 (vinte) dias; se o réu não constituir novo procurador, o processo seguirá “à revelia deste” (§ 2º do Art. 265). Imagine-se que a circunstância de a morte do procurador do réu ter ocorrido quando a demanda já estava contestada. Nesta hipótese, é óbvio que não há revelia, muito menos efeito desta no plano dos fatos. O caso é de mero abandono do processo.

5 Por isso mesmo, é possível mera impugnação em casos como tais (conferir Código de Processo Civil brasileiro, Artigo 475ºL, I).

6 Conferir, Código de Processo Civil brasileiro, Artigos 300º e 302º.

7 Conforme visto na nota número 1, acima, é o que prescreve o ordenamento brasileiro.

3. REGRAS EXPRESSAS DE EXCEÇÃO À REGRA GERAL DO EFEITO DA REVELIA NO PLANO DOS FATOS

Alguns ordenamentos prescrevem expressamente que em determinadas situações não incide a regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante.

Na realidade, tais regras envolvem situações de ordem lógica, de maneira que, ainda que não estivessem expressas, não encontrariam solução diferente numa perspectiva de mínima razoabilidade hermenêutica.

Tomando-se como referência o direito brasileiro, no particular, a primeira regra de exceção é a de que não incide a regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante quando havendo pluralidade de réus algum deles contesta a ação.⁸

Sem dúvida que o caso é de elementar razoabilidade hermenêutica, a ser complementada com a explicitação de que o litisconsórcio passivo de que aqui se trata terá que ser do tipo unitário. Feita essa correção de rumos, se tal norma expressa não existisse (como não existe em muitos ordenamentos), e o juiz se depara com a situação que ora se imagina, teria que resolver o problema na linha posta pelo legislador. E assim teria que agir o juiz porque impossível seria considerar revel o litisconsorte que contestou, e, de outro lado, tendo, por alguma razão, que julgar a demanda a favor deste, em vista da solução unitária que tem que ser dada à causa, não teria como proferir sentença diferente em relação ao réu litisconsorte que não apresentou contestação. Se o caso não é de litisconsórcio unitário, caso não incida outra exceção, o demandado litisconsorte omissis sofrerá os efeitos da revelia. (PASSOS, 1989, p. 434-435)

A segunda regra de exceção da incidência da regra geral do efeito da revelia no plano dos fatos é a circunstância de indisponibilidade do direito do revel.

Também aqui a situação é de racionalidade hermenêutica. É certo que dispor de um direito é mais amplo que sofrer presunção de verdade dos fatos. Tanto é assim que a ocorrência da revelia e de seus efeitos não significa dizer que necessariamente a demanda será julgada procedente, enquanto a disponibilidade do direito pelo demandado (reconhecimento do pedido) conduzirá necessariamente à sentença equivalente de procedência do pedido. No entanto, na prática, quando for o caso de a questão de fato conduzir à tese jurídica sustentada pelo demandante, o efeito da revelia equivale à disponibilidade do direito por parte do demandado. E se o direito é indisponível, a solução hermenêutica só pode ser a de não aplicar, como regra de exceção,

⁸ Ver o Artigo 320º do Código de Processo Civil brasileiro, transcrito na nota nº 2, acima.

a regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, ainda que tal regra excepcional não esteja expressa no ordenamento.

Há um tipo especial de indisponibilidade do direito, que qualificamos como processual, que é a de revelia de demandado preso ou citado fictivamente (por edital ou com hora certa). É que em tal hipótese, mesmo quando o direito do demandado é disponível, torna-se processualmente indisponível, porque o juiz deve nomear em seu favor curador especial⁹, o qual, por certo, não pode dispor de direito alheio; muito ao contrário, terá que apresentar contestação e atuar efetivamente na defesa do direito do demandado.

Também consideramos de ordem lógica a regra excepcional de que não incide a regra geral de efeito da revelia no plano fático quando a petição inicial estiver desacompanhada de documento público que a lei considere indispensável à prova do ato. Em verdade, qualquer documento substancial indispensável à prova do ato (público ou privado), conforme esclarece J. J. Calmon de Passos (1996, p. 321-322), com apoio em Pontes de Miranda. Feita essa complementação, forçoso é convir que, em tais casos, há uma situação processual prévia a ser considerada, qual seja a de que a petição inicial sequer deveria ser admitida nos termos em que estava, a exigir, no mínimo, emenda para a juntada do documento substancial indispensável, sob cominação de indeferimento. Se assim o juiz não procedeu, ao determinar a citação do demandado, o qual, de sua vez, não apresentou contestação, impossível, com ou sem lei expressa, aplicar a regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante.

⁹ Conferir Código de Processo Civil brasileiro, Artigos 9º e 302º e parágrafo único, combinados.

4. CONSEQUÊNCIA DA INCIDÊNCIA DE REGRA DE EXCEÇÃO À REGRA GERAL DO EFEITO DA REVELIA NO PLANO DOS FATOS

Com ou sem norma expressa, se o demandado não contesta a ação, mas incide qualquer das situações de exceção à regra geral do efeito da presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, este continua, como salientado por J. J. Calmon de Passos, com o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito (pedido) e da obrigação do réu e, de outro lado, subsiste para o revel o direito à contraprova, caso tempestivamente compareça. (Ibid, p. 439)

Sem dúvida que não pode ser diferente. Se não é possível aplicar a regra geral da presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, é porque algo de diferente há de ocorrer no processo. E como estamos no âmbito dos fatos, essa circunstância só pode repercutir no plano da prova e do ônus desta, que, logicamente, só pode ser atribuído ao demandante.¹⁰

10 Não é por outra razão que o Código de Processo Civil brasileiro dispõe no Art. 324º que: “Se o réu não contestar ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.”.

5. REVELIA DO DEMANDADO POBRE, SEU EFEITO NO PLANO FÁTICO E SOCIALIDADE

5.1 RESTITUIÇÃO *IN INTEGRUM* COM FUNDAMENTO NA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA SOCIALIDADE, DEMOCRÁTICO, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE, DO ACESSO À JUSTIÇA, DO DEVIDO PROCESSO EM DIREITO, DO EFETIVO CONTRADITÓRIO E DA EFETIVA DEFESA

À falta de regra explícita, cabe, agora, discutir se é ou não o caso de se relevar a revelia do demandado pobre e de exigência de concessão de defensor em favor deste para apresentação de defesa.

Primeiro ponto a ser considerado é o de que o demandado pobre tem direito a defensor público. Sabe-se que essa garantia, em grande medida, na prática, não funciona, e quando tal deficiência ocorre terá que ser suprida de alguma maneira.

Aqui surge o estágio inicial da garantia de acesso à justiça, qual seja sua *porta de entrada*. Não há dúvida que, conforme salientamos em outro lugar,

[...]o conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sob o enfoque meramente literal, vale dizer, não há lugar, na atualidade, para a afirmação de que acesso à justiça significa apenas manifestar postulação ao Estado-juiz, como se fosse suficiente garantir ao cidadão o direito à **porta de entrada** dos tribunais. (SOUZA, 2011, p. 25) (grifo nosso)

No entanto, é lógico que sem essa *porta de entrada* já se sabe de antemão que não haverá *porta de saída*. Vale dizer, a negação de defensor ao necessitado já significa, clara e abertamente, denegação de justiça.

O problema da falta de advogado a quem dele necessita é muito grave para quem pretende demandar e desesperador para o demandado, a se entender que não há como relevar a revelia do necessitado e que, de alguma forma, não é impositiva a atuação de um advogado (público ou privado, que supra a deficiência de tal serviço estatal). Isso porque o demandante pobre pode, pelo menos, peregrinar aqui e ali em busca de algum advogado por maior espaço de tempo, ao menos se seu direito não está prestes a prescrever ou a decair. Já o demandado pobre precisaria de um defensor nos limites do curto tempo dado para a defesa (em média 15 dias), sob a cominação da presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante.

Esse tipo de situação pode ocorrer em qualquer sociedade (em umas mais que em outras, por óbvio), a não ser que possamos apontar alguma onde não exista pobreza. Nos países periféricos, a pobreza é a regra. Nos países em desenvolvimento, se a pobreza não é a regra, não deixa de ser uma evidência. Para nós brasileiros este é um problema real, concreto, tão grande quanto à imensidão continental do País, e da maior gravidade, porque a situação de pobreza atinge milhões de pessoas e é notória a deficiência do serviço público de defensoria; e essa massa de pobres e miseráveis, não raro, é analfabeta e desinformada, tudo isso ocorrendo nos Estados mais pobres, mas também nos mais ricos da nossa Federação, conquanto tal problema seja bem mais grave naqueles.

Parece-nos que, nesse contexto, é o caso de invocar os princípios da socialidade e democráticos, que estão bem relacionados, os quais, de sua vez envolvem os princípios do contraditório, da efetiva defesa e, em última análise, do devido processo em direito.

No plano do direito processual o princípio democrático significa que deve ser garantido às partes o direito de participação no processo. Nesse ponto, garantir ao pobre um advogado é algo que, de um lado, envolve socialidade e, ao mesmo tempo, democracia. E assim é porque não há democracia sem igualdade de oportunidades, de modo que no âmbito do que aqui se discute o mínimo a ser garantido ao demandado pobre é o direito à efetiva defesa em qualquer processo, inclusive no processo civil (em sentido amplo). Sem isso, nega-se o direito de participação no processo, não porque não se pretende participar, mas sim porque uma circunstância insuperável de impotência (falta de condição econômica para contratar um advogado) impede tal participação. Como salientado por Mauro Cappelletti (apud MARCONI, 1993, p. 160), em conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil de Curitiba (1991), "um processo em que a parte esteja impossibilitada de participar efetivamente configura um atentado contra tudo aquilo que se tem de mais essencial no processo jurisdicional".

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 139, 140, 144) também relaciona a garantia do efetivo contraditório com os valores democráticos e da dignidade da pessoa humana.

Também Artur César de Souza (2003, p. 241) sustenta que sob a óptica constitucional a exigência do efetivo contraditório no processo penal também deve ser aplicada ao processo civil. Acrescenta o referido autor que a nomeação de defensor ao revel na instrução civil é algo que se impõe, porque somente com a participação efetiva do sujeito passivo, mesmo que através de defensor nomeado, é que se estabelecerá a dialética no processo civil.

Essas teses devem ser aceitas com ressalvas. De fato, as garantias de audiência e de defesa são expressões máximas do princípio do contraditório. Isso porque negar o direito de ser ouvido e o direito de defesa significa negar o direito de influenciar minimamente a decisão judicial. No entanto, as garantias ao contraditório e à ampla defesa não se confundem com as garantias ao efetivo contraditório e à efetiva defesa. No Processo Penal, as garantias do efetivo contraditório e da efetiva defesa são absolutas; no Processo Civil também são absolutas em determinados casos (como nos previstos em lei expressa ou implicitamente no ordenamento, a partir, no segundo caso, de uma visão hermenêutica mais aberta, a exemplo da hipótese que aqui estamos tratando), mas em outros não. Vale dizer, no Processo Civil em outros casos são suficientes as garantias ao contraditório e à ampla defesa, exatamente porque existe uma margem de liberdade de atuação a ser preservada, tendo em consideração, inclusive, a necessidade de atenção a princípios outros, como, por exemplo, o de um processo sem dilações indevidas e em tempo razoável e até mesmo do princípio da disponibilidade, quando, evidentemente, é o caso de a demanda envolver direitos disponíveis. É exatamente isso que justifica a constitucionalidade da regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante em caso de revelia, com as exceções previstas no ordenamento, explícita ou implicitamente, no âmbito do Processo Civil.

Deste modo, pensamos que não é minimamente razoável que, por exemplo, uma grande empresa validamente citada num processo civil, no qual está em jogo direito disponível, deixe de contestar a demanda no prazo legal e venha postular relevamento da revelia invocando os princípios da efetiva defesa e do efetivo contraditório, como se fosse um deserdado do mundo. Se isso fosse possível, qualquer teria um bom mecanismo para procrastinar qualquer processo. Não fosse isso, se tivéssemos que nomear defensor público em favor desse tipo de revel, beneficiado pela fortuna, em todos os processos, o Estado não se sustentaria com a necessidade de tanto defensor.

Com efeito, afirmamos que no caso do demandado pobre devem ser garantidos o efetivo contraditório e a efetiva defesa em qualquer processo, porque aqui não se cogita daquela margem de liberdade que tem o demandado em condições de contratar um advogado para tal fim, mas sim de alguém que a tanto está impedido por impossibilidade econômica. Sem dúvida que, em tais circunstâncias, está aí em jogo o princípio da dignidade da pessoa humana, associado ao princípio do devido processo em direito.

Essa relação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo em direito também foi muito bem posta por Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 164), ao explicitar que este segundo princípio “desponta como in-

strumento capaz de materializar e tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais dos cidadãos”.

Rui Portanova (1999, p. 147) também relaciona processo devido em direito, dignidade da pessoa humana e igualdade das partes, ao sustentar que:

[...]o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.

Sem dúvida que negar a alguém o direito a um advogado e, assim, de se defender num processo quando não se tem condição de pagar um advogado, presumindo-se como verdadeiros, a ferro e fogo, os fatos alegados pelo demandante, é ferir a dignidade dessa pessoa ao extremo.

De outro lado, aqui está em jogo o princípio da igualdade, ora aplicado no sentido de se dar um tratamento desigual para tentar a igualdade real.

De fato, o efeito da revelia no plano dos fatos é algo que se põe em caráter objetivo em relação ao réu “efetiva e regularmente citado”, bem situado na vida (rico ou remediado, culto, bem informado, com capacidade para pagar advogado). No entanto, se o caso é de revel necessitado (analfabeto, desinformado, marginalizado, sem condições de pagar advogado, que, não raro, procura e não encontra os serviços de defensoria pública), o tratamento não pode ser o mesmo. Se dermos a tais situações, evidentemente desiguais, o mesmo tratamento, estamos falando de igualdade de todos perante a lei segundo os mesmos critérios liberais dos primórdios da Revolução Francesa, o que não se pode admitir.

Nesse ponto, sim, concordamos com Artur César de Souza (2003, p.254-255), quando, chamando a atenção para a aplicação do princípio da igualdade substancial, clama pela necessidade de nomeação de defensor ao réu revel, também no processo civil, em vista de problemas de natureza econômica, social ou psíquica, ao fazer comparações entre a situação de um autor com boa estrutura socioeconômica e um réu exatamente em posição oposta.

Por isso, ainda que a lei seja omissa, fundado nos princípios, já sustentamos que:

[...] nos processos que envolvem direitos disponíveis com um dos litigantes em posição de desigualdade em relação ao adversário, deve o juiz ficar atento à observância do princípio da igualdade, no objetivo de envidar meios processuais para se tente igualar

as partes mediante efetivo contraditório e efetiva defesa. Assim, verificado no processo que o réu revel é **necessitado**, deve o juiz desconsiderar a revelia e oficiar à Defensoria Pública, onde houver, para designar defensor, ou, na sua falta, deve ele próprio providenciar a designação de advogado em favor desse necessitado, reabrindo prazo para defesa. (Ibid, p. 257)

5.2 RESTITUIÇÃO *IN INTEGRUM* COM FUNDAMENTO NA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS

Não temos dúvida que o direito do demandado pobre ao relevamento da revelia e à designação de um advogado para apresentação de sua defesa se qualifica como um direito fundamental e um dever do Estado,¹¹ inclusive na linha de pensamento de que negar tal direito é negar acesso à justiça. Vale dizer, estamos tratando de um direito e de um dever fundamental e humano de máxima relevância, que não pode ser considerado como mero favor ou ato de caridade. Lembra Mauro Cappelletti (2008) que tal direito foi assim tratado por muito tempo, mas, sem dúvida, de forma inadequada e mistificada. E invoca Ravizza, para quem isso significa uma franca regressão em relação ao processo bárbaro (alto medieval), no qual o juiz devia nomear um defensor aos pobres e isentá-los das despesas do processo, como um direito com o fim de obter a igualdade dos homens. (CAPPELLETTI, 2008, p. 191)

Não há dúvida de que o direito fundamental e humano aqui referido tem profunda base ética, mas no sentido amplo, que, envolve também a ideia de direito justo, porque nada mais profundamente injusto do que imaginar que a ordem jurídica autoriza a considerar verdadeiros os fatos alegados pelo demandante em face do demandado que não apresentou contestação, mas porque não tinha condições de pagar um advogado. Nesse ponto, a distância entre ética e caridade é abismal, até porque esta está inserida no contexto da norma moral ou religiosa, mas que, tanto num plano quanto no outro, não pode, em caso de violação, não pode ser exigida contra ninguém.

Neste contexto, já tivemos oportunidade de salientar que estamos frente a um direito fundamental porque toda vez que houvesse violação a algum direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esses direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça

¹¹ A Constituição brasileira prescreve, no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que: “O Estado prestará jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Artigo 5º, LXXIV). Essa garantia não se limita a colocar defensor público à disposição do necessitado. É mais que isso, sem dúvida. No entanto, para os fins do presente trabalho a garantia de um defensor é o que mais importa.

é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo também um direito fundamental; mais que isto, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça. (SOUZA, 2003, p. 84)

Nessa perspectiva, Paulo Cesar Santos Bezerra (2001, p. 122-123) também insere o acesso à justiça como direito fundamental e no contexto dos direitos humanos (indo mais longe ao inseri-lo como direito natural), destacando como ponto central, no particular, a concentração na efetividade dos mecanismos internos e internacionais de implementação desses direitos e no papel do Estado e das organizações não-governamentais, nessa questão.

E como direito fundamental, o direito do demandado pobre ao relevamento da revelia e à designação de um advogado para apresentação de sua defesa também se insere no contexto dos direitos humanos. Volta-se, em torno do tema em discussão, à ideia de dignidade da pessoa humana, com mais forte motivo. E nesse ponto, como salienta Ricardo D. Rabinovich-Berkman (2007, p. 57), fundado em Roberto Adorno, a dignidade da pessoa humana, mais do que um direito humano, é a base de todos eles, de maneira que os direitos humanos não podem ser retirados porque derivam da dignidade, e não da vontade do governante, além do que os humanos possuiriam as mesmas prerrogativas essenciais por terem a idêntica dignidade. Por isso, a noção de dignidade seria condição necessária para estabelecer uma sociedade civilizada.

Adolfo Gelsi Bidart (2006, p. 95) também destaca que a partir de um ponto de vista baseado na transcendência da pessoa humana e de seu valor primordial no mundo, deve-se rechaçar como princípio todo meio que rebaixe, deteriore ou diretamente suprima a dignidade humana.

Em verdade, para ser mais preciso e mais contundente, o juiz que não afasta a revelia do demandado impedido de apresentar defesa por não ter condição de pagar advogado, e não designa um para apresentação de contestação, está, clara e abertamente, enquanto agente estatal encarregado de fazer de fazer justiça, no fundo, denegando justiça.

Adélio Pereira André (1980, p. 55-56) põe o tema nestes termos, em forma de pergunta, mas com resposta na mesma direção que ora sustentamos, ao questionar se não seria denegação de justiça ao economicamente mais débil, se alguém, por carências econômicas, está impossibilitado de pagar advogado. Sem dúvida que a resposta só pode ser afirmativa, e o texto do referido autor não deixa margem para outro tipo de solução.

Do ponto de vista das normas internacionais, tudo quanto acima afir-

mado se sustenta, em primeiro lugar, na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, Art. X), quando nela se afirma que:

[...]toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma *audiência justa* e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus *direitos e deveres* ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (grifo nosso).

Ter direito a uma *audiência justa* pressupõe o direito a uma defesa consistente em qualquer processo judicial (civil – em sentido amplo – ou criminal), porque o texto normativo ora referido trata do direito de defesa contra qualquer acusação criminal, mas antes também da defesa dos direitos (e deveres) em geral.

De outro lado, segundo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, Art. 6º, 1)

[...] qualquer pessoa tem direito a que sua *causa* seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (grifo nosso)

Do ponto de vista do demandado pobre, que, assim, não pode pagar advogado, a sua *causa* está na sua defesa, de modo que a efetividade de tal norma passa pela necessidade de relevamento da revelia e da designação de um advogado para apresentação de contestação, não só no processo penal, mas também no processo civil (em sentido amplo), porque aqui o presente texto normativo é mais claro do que o anterior quando também fala sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, ao lado da defesa contra acusação criminal.

O Pacto de San José de Costa Rica (1969, Art. 8º), do qual o Brasil é signatário, dispõe que:

[...]toda pessoa terá o direito de *ser ouvida*, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza" (grifo nosso).

Ser ouvido, enquanto demandado pobre, que, assim, não pode pagar advogado, significa, primeiro de tudo, ter a garantia da efetiva defesa, de maneira, que a efetividade de tal norma também exige a relevação da revelia e a designação de um advogado para apresentação de sua defesa, tanto no processo penal, por óbvio, como no processo civil (em sentido amplo), nos mesmos termos da norma anterior.

Com efeito, como estamos tratando de direitos humanos, que, no caso, não raro, não são respeitados, forçoso é convir, que o próprio Estado deve encontrar meios efetivos de sua realização. E assim obviamente que o é porque, como salienta Chaïm Perelman (1996, p. 403),

[...] impõe-se, para a salvaguarda prática dos direitos humanos, que não somente textos os proclamem, mas que instituições, regras de procedimento e homens, animados pelas mesmas tradições e pelas mesmas culturas, sejam incumbidos de aplicá-los e de protegê-los.

De outro lado, se o próprio Estado não faz valer os direitos humanos no seu âmbito de atuação, como a hipótese de que aqui se trata, a qual, se não observada, se qualifica, como frisado acima, como denegação de justiça, o caso é de responsabilidade do ente estatal obrigado no âmbito internacional. Conforme por nós salientado em outro lugar,

[...] a responsabilidade do Estado por negação do acesso à justiça pode ser obtida também no plano do direito internacional (no sentido amplo da expressão, contrapondo-se à ideia de direito interno), tendo em consideração que o direito fundamental do acesso à justiça é protegido por atos normativos internacionais (em especial tratados e convenções), e assim se insere dentro do contexto dos direitos humanos, podendo tais direitos ser postulados excepcionalmente por meio dos tribunais internacionais, em especial tribunais internacionais regionais. (SOUZA, 2006, p. 375)

Pensamos que não podemos admitir conclusão diferente porque, do contrário, não estaríamos tratando de direitos, mas de miragens, ilusões, quimeras, utopias ou mesmo engodos. Como diz Germán J. Bidart Campos (1991, p. 232), se não tomamos esta precaução em relação a esses direitos, passam eles para o âmbito dos "direitos impossíveis" ou incorrem em fantasias desmerecedoras da seriedade da ciência dos direitos humanos.

5.3 RESTITUIÇÃO *IN INTEGRUM* COM FUNDAMENTO EM LEI EXPRESSA, AINDA QUE POR ANALOGIA OU POR INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Não fora tudo quanto até aqui exposto, a solução que propugnamos também encontra fundamentos em lei expressa, ainda que por analogia ou interpretação extensiva.

Deste modo, o juiz que pretende resolver esse tipo de problema desprezando os princípios, os direitos fundamentais e humanos, encontrará fundamento para sua decisão em lei expressa, embora por aplicação analógica ou mediante interpretação extensiva, o que também, como consabido, está autorizado pelo próprio ordenamento.

Com efeito, a situação de objetividade do fato da revelia¹² não afasta a possibilidade de relevamento desta. Esta pretensão de relevamento, como dito acima, também pode ser fundamentada nas ideias de justa causa e justo impedimento.¹³ Vale dizer, citado regularmente o demandado, se este é pobre e não contesta a ação por não ter condição de pagar um advogado, há uma situação de fato impeditiva do efeito da revelia. Existe aí, sem dúvida, uma situação de justa causa ou justo impedimento, que só termina, mantida a situação de pobreza, quando o sistema estatal (ou algum ente ou pessoa caridosa) lhe concede um advogado.

Nessa linha de perspectiva, alguns exemplos podem ser apresentados. Assim, se, por exemplo, uma parte causa obstáculo ao exercício de um direito processual da outra em determinado tempo, deve o juiz tomar as providências necessárias à cessação de tal conduta obstativa e conceder o prazo à parte prejudicada pelo tempo em que durou tal situação.¹⁴

Do mesmo modo, em caso de dificuldade de acesso ao lugar em que se deve praticar ato processual em determinado tempo, inclusive, por óbvio, em

12 Sabe-se que existem diversas teorias a respeito da revelia, como, por exemplo, a da rebelião ao poder do juiz, a da renúncia ao direito de defesa, a do não exercício da faculdade de agir e a da inatividade. Segundo esta última, que prevalece na atualidade, a revelia envolve uma situação de objetividade, de modo que não cabe perguntar as razões do fato da revelia. Daí a justificativa da regra do efeito da presunção da verdade dos fatos alegados pelo demandante. Para uma análise destas teorias. (PASSOS, 1960, p. 39-47)

12 O Artigo 183º do Código de Processo Civil brasileiro dispõe que: “Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa” (grifo nosso). No § 1º de tal Artigo está prescrito que: “Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário” (grifamos). Prescreve o referido Código, no § 2º, que: “Verificada a justa causa o juiz permitirá a prática no ato no prazo que lhe assinar”. Sem dúvida que o tema tratado no presente trabalho não envolve situação que possa ser qualificada como de “evento imprevisto”, mas a aplicação de tal regra se impõe, com mais forte razão, pelos motivos já expostos e a expor no texto principal. Curioso que o Código não define o que é “justo impedimento”. Assim, os intérpretes literais haverão de convir que a situação de pobreza do demandado, enquanto mantida esta, que impede alguém de contratar um advogado, é de “evidente impedimento”.

14 No particular, o Código de Processo Civil brasileiro dispõe, no Artigo 180º, que: “Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte”.

caso de calamidade pública, o juiz deve prorrogar o prazo para tanto; sendo o caso é específico de calamidade pública, o prazo se estende pelo tempo em esta durar.¹⁵ Sem dúvida que a situação de pobreza, ou mesmo de miséria, que no Brasil é um problema de muitos, embora seja impeditiva, aqui ou ali, à apresentação de defesa em processo judicial, pode ser equiparada à hipótese de calamidade pública para os fins de relevação da revelia, porque, de algum modo, calamidade pública é, e de maior gravidade.

Calmon de Passos, conquanto não se referindo diretamente ao tema de que aqui cuidamos, muito bem percebeu o problema, e, com fundamento nos dispositivos acima citados do Código de Processo Civil brasileiro (e também do Código anterior), expõe seu ponto de vista numa linha de pensamento que muito se aproxima da nossa e apresenta exemplos em idêntica perspectiva. Assim, deixa claro o referido autor que o direito à restituição *in integrum* tem como tônica de fundamento a situação de *irresistibilidade*, e aponta como exemplos, dentro outros, capazes de autorizar a contestação e elidir os efeitos da revelia: a inexistência de advogado ou o impedimento ou recusa dos existentes; a revogação ou denegação injusta do benefício da gratuidade ou a demora no seu deferimento; a absoluta falta de meio de transporte da parte, por pobreza. (PASSOS, 1989, p. 452-455)¹⁶

Sob outro enfoque, também é válido considerar a necessidade de se aplicar técnica de hermenêutica, segundo a qual quando estamos tratando de realização da justiça as regras que restringem direitos – ainda mais de forma drástica, como é o caso da presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante em caso de revelia –, e que se contentam com a verdade formal em detrimento da verdade real, devem merecer interpretação restritiva, jamais ampliativa. (Ibid, p. 410) E se o caso envolve demandado pobre, mais razão há para se adote essa solução interpretativa.

De outro lado, pensamos que nenhum juiz, em nenhum processo, é obrigado a julgar antecipadamente a lide pelo fato da revelia e de seu efeito. Ao contrário, toda vez que se deparar nos autos do processo com uma certidão de que ocorreu suposta revelia, o juiz deve fazer um exercício de prudência, formular a si mesmo algumas perguntas e, a depender das respostas que ele mesmo encontrar, determinar, de ofício, as providências pertinentes. Assim, por exemplo, a primeira pergunta a ser feita diz respeito à regularidade da citação. Se há nulidade desta, deve determinar nova citação na forma legal.

15 Nesse ponto, o Código de Processo Civil brasileiro prescreve, no artigo 180 e parágrafo único, que: “O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta dias). Em caso de calamidade pública, poderá ser excedido o limite previsto neste artigo para a prorrogação de prazos”.

16 Nesta mesma perspectiva de ponto de vista, em termos, Rita Ganesini, (1977, p. 151-154).

Se a citação é válida, cabe indagar quem é o revel pelos próprios dados da petição inicial. Trata-se de uma grande empresa? O lugar de residência do réu é em bairro de classe alta, de classe média ou de classe baixa? Não será o caso de logo se perceber que esse revel é um necessitado? (MOREIRA, 1989, p. 17-18) Se estas perguntas conduzirem a respostas no sentido de que o juiz dispõe de elementos fáticos para concluir que este revel é necessitado, não temos dúvida de que, como salientamos em outro lugar, ele deve relevar a revelia, oficiar a Defensoria Pública ou órgão equivalente, onde houver, para indicar defensor e apresentar defesa em favor do demandado, ou, em caso de deficiência de tal serviço público, providenciar ele próprio essa designação, reabrindo-se o prazo para a defesa. No caso, o juiz nada mais faz do que aplicar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade do contraditório e da ampla defesa, do acesso à justiça, do devido processo em direito, e respeitar os direitos fundamentais e humanos, e, por último, as regras processuais que aqui estamos invocando, tudo em atenção à ideia de um processo para além de uma visão meramente tecnicista. (SOUZA, 2006, p. 135)

Ademais, é elementar situação hermenêutica que a norma geral deve ser aplicada tendo em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto. Assim, a hipótese que estamos analisando apenas não poderia ter a solução interpretativa que aqui defendemos se vivêssemos numa sociedade sem pobres. Como nossa realidade social está exatamente em direção oposta é inadmissível hermenêutica jurídica em desprezo aos aspectos éticos, políticos, sociais e econômicos.

De outro lado, estamos em frente à situação de vulnerabilidade econômica do demandado, a exigir tratamento jurídico diferenciado, no sentido de dar privilégio processual ao mais fraco. Claro que se o demandante também é pobre esta solução hermenêutica não se afasta, porque este já propôs a sua demanda, e agora há que se garantir a efetiva defesa do demandado; daí para frente demandante e demandado pobres serão tratados igualmente no processo, com as peculiaridades de adaptação procedimental que garantam privilégios processuais a ambos. Impõe-se, desse modo, a aplicação da chamada *lei do mais débil*, na expressão de Luigi Ferrajoli (2004, p. 39), que também clama por uma extensão da igualdade em favor de uma classe de sujeitos no sentido da necessidade da redução das diferenças de *status* que as determinam, para, assim aumentar o grau de democraticidade.

Nessa linha de pensamento, também Fernanda Tartuce (2012, p. 302) percebeu que não raro o litigante pobre e desinformado poder ter sérias dificuldades de acesso ao órgão de assistência jurídica para a orientação e apresentação de sua defesa, de modo que sendo isso identificado o juiz deve afastar os efeitos da revelia e aceitar eventual apresentação de defesa extemporânea.

6. MEIOS À DISPOSIÇÃO DO REVEL POBRE PARA POSTULAR A RESTITUIÇÃO IN INTEGRUM

Se os ordenamentos não costumam prever expressamente regra excepcional de relevamento da revelia de demandado pobre para afastar a regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, não seria de se esperar previsão de regra expressa permitindo a restituição *in integrum* em tal situação.

Já sustentamos acima que se o juiz tem no processo informações seguras de que o demandado revel é pobre, em lugar de julgar antecipadamente a lide contra ele, fundado na presunção da verdade dos fatos alegados pelo demandante, deve, de ofício, relevar a revelia e garantir a designação de um defensor para apresentar contestação.

Caso o juiz assim não proceda, ou porque entender que não pode agir de ofício (equivocadamente, ao nosso), ou por falta de elementos para tanto, se o demandado comparece ao processo com defensor antes da sentença, o caso é de suspensão do processo para processamento de tal incidente, mediante o devido contraditório. Provado o fato da pobreza e assim, o direito a um defensor e à defesa, o processo deve retomar o seu curso a partir daí, com a óbvia anulação dos atos anteriormente praticados.

O problema maior está na hipótese em que esse demandado revel só comparece ao processo com defensor depois da sentença, supostamente passada em julgado. Aí surge desafio hermenêutico maior. No nosso modo de entender, penso que no direito brasileiro há regra a ser invocada analogicamente, com mais forte motivo, à vista de quanto acima já foi exposto. Refiro-me ao dispositivo que garante ao demandado não citado, ou citado de forma nula, que teve contra si sentença proferida em processo de conhecimento, o direito de, uma vez executado (o que significa dizer, a qualquer tempo) apresentar impugnação, com tal fundamento.¹⁷ Provado o fato da pobreza como obstáculo à apresentação da defesa, o juiz deve julgar procedente a impugnação para anular todos os atos anteriormente praticados e garantir o direito de defesa no processo de conhecimento a ser reiniciado.

A conclusão a que chegamos está fundamentada em que, como se pode deduzir de tudo quanto acima exposto, a situação do demandado pobre que deixou de contestar em virtude obstáculo insuperável de não ter condições de contratar um advogado é muito mais grave do que a de demandado (remediado ou rico) citado invalidamente, mas que, evidentemente, poderia pagar advogados.

17 Conferir o Art. 475ºL, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista do exposto, concluímos no sentido de que:

1 - Tendo em consideração os princípios da socialidade; democráticos; da dignidade da pessoa humana; da igualdade; do acesso à justiça; do devido processo em direito; do contraditório e da efetiva defesa; e os direitos fundamentais e humanos; a vulnerabilidade econômica e social é situação a ser considerada, à falta de regra explícita, como regra implícita de exceção à regra geral de presunção de verdade dos fatos alegados pelo demandante, a exigir nomeação de advogado em favor do demandado para apresentação de defesa.

2 - Se o juiz tem no processo informações seguras de que o demandado revel é pobre, em lugar de julgar antecipadamente a lide contra ele, fundado na presunção da verdade dos fatos alegados pelo demandante, deve relevar a revelia e providenciar os meios para garantir um defensor para apresentar contestação, de ofício.

3 - Caso o juiz assim não proceda, ou porque entendeu que não pode agir de ofício ou por falta de elementos para tanto, se o demandado comparece ao processo com defensor antes da sentença, o caso é de suspensão do processo para solução de tal incidente, mediante o devido contraditório. Provado o fato da pobreza como obstáculo à apresentação da defesa, o juiz deve acolher o pedido de restituição para anular todos os atos anteriormente praticados e garantir o direito de defesa no processo a ser reiniciado.

4 - Se o demandado revel só comparece ao processo com defensor depois da sentença, supostamente passada em julgado, no direito brasileiro há norma a ser invocada analogicamente, com mais forte motivo, à vista de tudo quanto acima exposto, qual seja o dispositivo que garante ao demandado (rico ou remediado) não citado, ou citado de forma nula, que teve contra si sentença proferida em processo de conhecimento, o direito de, uma vez executado (o que significa dizer, a qualquer tempo) apresentar impugnação, com tal fundamento. Provado o fato da pobreza como obstáculo à apresentação da defesa, o juiz deve julgar procedente a impugnação para anular todos os atos anteriormente praticados e garantir o direito de defesa no processo de conhecimento a ser reiniciado.

5 - Não há acesso à justiça, nem há democracia quando o Estado trata o revel vulnerável igualmente aos não vulneráveis, o que significa negar

àqueles a efetiva defesa, o efetivo contraditório, o processo devido em direito e o acesso à justiça. Essa denegação de justiça, a quem de justiça mais necessita, importa em inequívoca violação aos direitos fundamentais e humanos das vítimas de tamanha insensível inércia, a ensejar responsabilidade civil do Estado no plano interno e internacional.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Adélio Pereira. *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema Ético-Social no Plano da Realização do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BIDART, Adolfo Gelsi. *Derechos, Deberes y Garantías del Hombre Común*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e Ideologia*. v I. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1950. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf > Acesso em: 12 abr. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> > Acesso em: 13 abr. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4 ed. Madrid: Editorial Trota, 2004.

GIANESINI, Rita. *Da Revelia no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil: O Acesso à Justiça e os Institutos Fundamentais do Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo. Em *Temas de Direito Processual*. 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório. Em *Garantias Constitucionais do Processo Civil* (Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139-140, 144.
- PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS). 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 13 mar. 2012.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Da Revelia do Demandado*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1960.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derechos Humanos: Una Introducción a su Naturaleza y a su Historia*. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2007.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUZA, Artur César. *Contraditório e Revelia: Perspectiva Crítica dos Efeitos da Revelia em face da Natureza Dialética do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça e Responsabilidade Civil do Estado por sua Denegação: Estudo Comparativo entre o Direito Brasileiro e o Direito Português*. Trabalho de Pós-doutoramento. Coimbra, 2006.
- _____. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.
- TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

pesquisa em direito do trabalho: notas para uma proposta metodológica¹

Isabela Fadul de Oliveira²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo refletir sobre a pesquisa em Direito do Trabalho, apontando o campo da Sociologia Jurídica do Trabalho como *locus* privilegiado de estudos jurídicos sobre o tema, e a categoria "eficácia" como um instrumento analítico importante para a investigação científica de caráter interdisciplinar sobre a regulação das relações de trabalho no Brasil. Pretende-se, com ele, contribuir para o debate sobre os caminhos possíveis para a pesquisa nesta área do conhecimento, especialmente para aquela que tenha como objeto de estudo aspectos jurídicos do mundo do trabalho.

Palavras-chave: Direito do trabalho; pesquisa; eficácia da norma; sociologia do trabalho.

ABSTRACT

The aim of this article is thinking over the contemporary research in Labour Law, with particular interest in the juridical aspects of sociology of work. The category of effectiveness of the norm has been considered an important analytical instrument in order to realize an interdisciplinary and scientific survey about the regulation of work relations in Brazil. Through this concept, the author wants to contribute to the possible future paths that the research can take in this area, especially in relation to the juridical aspects of work relations.

Keywords: Labour Law; research; efficacy of the norm; sociology of work.

¹ Este artigo tem como base o capítulo 4 da tese de doutorado "A terceirização e as condições de eficácia da legislação trabalhista no Brasil", apresentada pela autora em 2004, no âmbito do doutoramento em Direito do Trabalho na Universidade de São Paulo, tendo contado com o apoio financeiro da FAPESP. O texto foi apresentado no Congresso da ABET em 2009.

² Doutora em Direito do Trabalho pela USP e professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa em Direito é um desafio constante no universo acadêmico brasileiro. No campo do Direito do Trabalho, as transformações recentes do mundo do trabalho, especialmente no tocante às características do mercado de trabalho brasileiro e seu sistema de relações trabalhistas, exigem um olhar cada vez mais interdisciplinar, crítico e problematizante do pesquisador sobre seus objetos de estudo. É neste contexto que este trabalho está inserido. Pretende-se, neste texto, refletir sobre as possibilidades da pesquisa neste campo do conhecimento, mais especificamente no âmbito da “sociologia jurídica do trabalho”, apontando a eficácia jurídica como eixo importante na construção do conhecimento.

2. ENSINO E PESQUISA EM DIREITO: A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Ao longo das últimas décadas o ensino do Direito vem passando por um intenso processo de crítica e reflexão. Os questionamentos sobre o papel dos cursos de direito na sociedade, os requisitos necessários à formação jurídica, a necessidade de rompimento com o isolamento acadêmico resultante da hegemonia de um pensamento formalista e dogmático nos cursos jurídicos, sobre a necessidade de se promover a interdisciplinaridade, a integração entre teoria e prática, de pensar novos modelos de avaliação e articulação entre ensino/pesquisa/extensão, têm sido objeto de muitos livros e artigos acadêmicos publicados no país, especialmente a partir da década de 1980.³

No entanto, apesar do diagnóstico de crise e certo consenso sobre a necessidade da construção de um novo modelo de ensino, pouco se tem avançado, especialmente se considerarmos a dimensão da pesquisa em Direito.

A produção da pesquisa nos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito permanece tímida e isolada, e não tem representado avanços significativos no sentido de se propor e testar metodologias novas na área. O que se nota, ainda, é seu descompasso quando comparada a produção científica em Direito com a realidade e os avanços da pesquisa em outros campos das ciências sociais.⁴

³ Ver, por exemplo, os textos de Roberto Lyra Filho (1984), Joaquim Falcão (1984), Eduardo Leite (1985), José Eduardo Faria (1987), Horácio Rodrigues (1988), Edmundo Arruda Jr (1989).

⁴ Neste sentido, o diagnóstico de Luciano Oliveira e João Maurício Adeodato (1997) permanece atual.

O significativo crescimento do número de cursos de graduação e pós-graduação em Direito no país ao longo da década de 1990 e das diretrizes do Ministério da Educação quanto à importância do desenvolvimento de atividades de pesquisa nos cursos jurídicos⁵, não significaram a mudança deste quadro. O que se percebe é a predominância das práticas tradicionais de um ensino formalista, de um corpo docente em geral inexperiente quanto ao fazer pesquisa. Nas faculdades privadas é comum ver iniciativas de núcleos de estudo e pesquisa reféns do debate sobre os custos financeiros das atividades consideradas “extraclasse”, e os programas de monografias ou trabalhos de conclusão de cursos como apêndices do ensino, muitas vezes existindo com o mero objetivo de cumprir um requisito normativo do MEC.

A inexistência da pesquisa como algo estruturante, apoiada numa prática discente com perspectiva de continuidade (seja no âmbito das disciplinas, seja no âmbito de grupos de iniciação científica, associado às atividades de ensino e extensão) e numa prática docente (no âmbito de linhas de pesquisa que aproxime o professor do alunado e dos problemas da sociedade que o Direito regula) articulada com os demais campos do conhecimento, resulta na mera reprodução de uma cultura jurídica repetitiva e incapaz de produzir conhecimentos novos.

Assim, o ensino jurídico não consegue captar as transformações do Direito e transformá-las em um objeto de reflexão social, limitando-se à repetição acrítica da doutrina produzida, não raras vezes, sob o formato de “cursos” e “compêndios” sobre temáticas da área.

No campo do Direito do Trabalho, essa realidade não é diferente. Aqui, as dificuldades em compreender um “mundo do trabalho” em franco processo de transformação são sintomas de abordagens meramente legalistas do fenômeno jurídico. A tentativa de compreender a realidade das relações de trabalho e resolver os conflitos oriundos dessa realidade a partir de uma doutrina conservadora, de uma interpretação legalista dos códigos e de um aparato legal regulatório não se mostra eficiente. Os manuais, as aulas magistrais, as palestras pastorais se constituem em instrumentos obsoletos de ensino. A prática jurídica desacompanhada de uma reflexão teórica, a falta de prestígio das disciplinas jurídicas oferecidas em outras grades curriculares e o desinteresse pelos conteúdos propedêuticos e dessas outras áreas do conhecimento isolam o conhecimento jurídico e dificultam a contextualização dos fenômenos sociais objeto dos estudos jurídicos.

⁵ Ver Portaria MEC n. 1886, de 30 de dezembro de 1994, e Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004.

Nesse contexto, compreender a crise de paradigmas, de princípios e valores da ordem jurídica, e mesmo do próprio poder regulador do Estado, torna-se algo difícil. É o caso da tensão entre as novas práticas econômicas (modelo do capitalismo, gestão da produção e organização do trabalho) e o marco regulatório trabalhista baseado no estado interventor e em políticas universalizantes, que hoje põe em xeque a própria existência do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito.

Por outro lado, somente a partir da compreensão dessas lógicas, de um questionamento que problematize esse fenômeno, contextualizando-o e buscando elementos em outras áreas das ciências sociais, será possível construir soluções para os conflitos da nossa atualidade. Mais do que nunca, a problematização desses temas é importante e a busca de alternativas, um imperativo, sobretudo para o profissional do Direito. Daí a importância de uma boa formação e da garantia de um ambiente acadêmico propício a essa reflexão.

Como promover essas discussões diante de fenômenos novos como as novas dimensões da subordinação do trabalhador nas relações de trabalho, a emergência de contratos atípicos, a complexidade das formas de controlar e fiscalizar a prestação do serviço, a complexidade que tem ganhado a figura do empregador, as novas formas de remuneração e uso do tempo de trabalho nos contratos de emprego? Como pensar o ordenamento jurídico trabalhista diante das novas formas de organização da produção e gestão do trabalho, como é o caso da Terceirização? Sem dúvida, a complexidade desses fenômenos impõe o diálogo entre os campos do direito e das ciências sociais, para entender o Trabalho nos seus diversos aspectos.

3. SOCIOLOGIA JURÍDICA E A “EFICÁCIA” COMO CATEGORIA ANALÍTICA

É neste contexto e diante desses desafios que o campo da Sociologia Jurídica do Trabalho pode ser identificado como um ambiente privilegiado para a pesquisa em Direito do Trabalho.

A natureza essencialmente interdisciplinar dos estudos sociojurídicos, voltados para temas como o papel do Direito na sociedade, os efeitos produzidos por uma norma ou por um conjunto delas, ou as condições de sua aplicabilidade em um determinado contexto social, por exemplo, abrem inúmeras possibilidades de investigações interdisciplinares, que demandam um diálogo entre as diversas áreas das ciências humanas.

Pensar o elemento “Trabalho” nesse contexto parece algo muito promissor, já que para entender suas dimensões jurídicas faz-se necessário compreendê-lo na sua dimensão sociológica, histórica, antropológica, como princípio educativo e, sobretudo, como algo em grande medida determinado pelas relações econômicas presentes hoje na ordem capitalista. A dimensão da eficácia da regulação trabalhista, por exemplo, pode ser um ponto de partida importante para a pesquisa na área.

No Direito, os estudos em torno da noção de eficácia jurídica têm ganhado relevância nos últimos tempos. Antes de apontar o debate mais recente sobre o instituto, é importante recuperar a forma como o instituto aparece na teoria positivista do Direito e no âmbito da crítica a este pensamento, especialmente da Teoria Crítica do Direito.

Na perspectiva da análise positivista do Direito, a noção de eficácia sempre esteve diretamente relacionada ao conceito de validade, havendo, para a dogmática jurídica, uma conexão importante entre validade e eficácia da norma jurídica.

Hans Kelsen (1998), ao conceber a Teoria Pura do Direito e estabelecer uma metodologia específica para a ciência jurídica, afastou qualquer influência sociológica, ideológica e política na análise do seu objeto, qual seja, a norma de direito. Não caberia à ciência jurídica investigar as causas e fatores que originam a norma, os motivos que levam ao seu cumprimento ou não pela sociedade, muito menos o seu caráter justo ou injusto. Ao cientista jurídico caberia, na visão do autor, apenas verificar a validade das normas e a forma como elas se relacionam entre si, formando o sistema/ordenamento jurídico.⁶

Entretanto, ao tratar da validade das normas jurídicas, Kelsen (1998) defendia que para uma norma ser válida ela precisa possuir algum grau de eficácia. Essa eficácia, segundo o autor, diz respeito à aplicação e observação da norma na sociedade. Ou seja, para se verificar se uma norma é válida é preciso que se observe se a mesma possui um grau mínimo de aplicabilidade e respeitabilidade no meio social. Isso, sem sombra de dúvidas, remete o observador ao exame da relação da norma jurídica com a realidade social onde a mesma está inserida.

⁶ Como explica Sabadell (2003, p. 31), o pensamento Kelseniano elimina qualquer pergunta sobre as forças sociais que criam o direito, cabendo, à ciência jurídica, estudar o funcionamento do ordenamento jurídico, o que deve ser feito sem nenhuma interferência sociológica, histórica ou política, ou seja, sem se considerarem as lutas de classes e os conflitos sociais que incidem sobre a criação e aplicação do direito.

Segundo Kelsen (1998, p. 236), “uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular não é considerada como válida quando cessam de ser eficazes.”. Para ele, “uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo não aplicada ou não observada.”. (Ibid, p. 237) Por outro lado, o simples fato de ser eficaz não significa, necessariamente, que uma norma é válida. Como explica o autor, “a eficácia é condição de validade mas não é esta mesma validade.”. (Ibid, p. 238)

Ainda tratando do assunto, Kelsen (1998) explica que a ineficácia de uma norma jurídica singular não significa a perda da eficácia da ordem jurídica como um todo, e que uma norma relativamente ineficaz não é uma norma inválida. Para ser considerada não válida a norma deve estar por longo tempo inaplicável ou inobservada. Conforme Kelsen, “uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada.”. (Ibid, p. 238) Ou seja, a validade de uma norma só pode ser posta em cheque pela sua total ineficácia, ou melhor, sua total inaplicabilidade e inobservância na sociedade.

Como pode ser observado, o conceito de eficácia no pensamento de Kelsen (1998) diz respeito à aplicação e observação das normas jurídicas pela sociedade, fatores que se constituem em uma das condições de validade da norma jurídica. Mesmo reconhecendo a importância da noção de eficácia para a ciência jurídica, Kelsen não aprofunda seus estudos neste campo, ou seja, no campo do “ser”. Quando o faz, limita-se a observar se a norma é, de alguma forma, aplicada ou respeitada, não se questionando em que grau, de que forma e por quais motivos isso ocorre, muito menos sobre as condições de aplicação da norma e os efeitos decorrentes da sua existência para a sociedade.

A visão kelseniana sobre a eficácia normativa foi enormemente ampliada pelas teorias críticas ao pensamento juspositivista. A “Teoria Jurídica Crítica”,⁷ consolidada ao longo da década de 1970, sobretudo na França, utiliza-se da análise sociopolítica do fenômeno jurídico e chama a atenção para a relevância do conceito de eficácia jurídica na compreensão e análise do ordenamento jurídico e sua relação com a realidade.

Dentre seus teóricos mais importantes está o jurista francês Antoine Jeammaud, que enfrenta o tema apontando duas qualidades do Direito e das normas jurídicas que o compõem: a efetividade e a eficácia normativa. Ao contrário de Kelsen, que utilizava os termos “efetividade” e “eficácia” indistintamente, Jeammaud os considera como qualidades distintas da norma jurídica.

⁷ Segundo Wolkmer (2001, p.18), a teoria jurídica crítica é a “formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.”.

A efetividade normativa diz respeito à relação de conformidade ou não contrariedade entre uma situação ou comportamento e uma norma jurídica. Para Jeammaud (1992, p. 265), a efetividade de uma regra de direito se compreende, em um primeiro sentido, por uma relação quantitativa de conformidade das situações ou operações concretas que ela visa para o modelo que constitui esta norma.

Como explica o autor, seja qual for a acepção tomada, uma investigação sobre essa efetividade só pode ter consistência em se medindo a distância entre normas e práticas, ou, se for preferível, entre o direito e o fato social. (Ibid, p. 265)

Ainda sobre o tema e considerando especificamente a idéia de efetividade das normas trabalhistas, Jeammaud (2000, p. 38, tradução do autor) alerta:

A efetividade de uma regra jurídica se compreende de um grau suficiente de conformidade das ações ou de situação ao modelo que ela significa. Aquela das disposições do direito do trabalho preocupa, porque estas se parecem particularmente expostas à ignorância, à recusa das aplicações, num espaço privado onde se impõe freqüentemente o poder indivisível do empregador. [...] São imputadas à fraqueza das sanções, à insuficiência dos meios da Fiscalização do Trabalho encarregada de observar o respeito do código do trabalho e as ambigüidades de sua missão (os poderes públicos gostariam que ela fosse 'magistratura de persuasão'), à ausência de instituições representativas e de sindicatos em muitas empresas, ou à hesitação dos assalariados em fazer valer seus direitos em período de grande desemprego. Poder-se-ia incriminar também a complexidade e a instabilidade dos textos, principalmente com respeito à maneira de empregar, e o ambiente de contestação das 'inflexibilidades' do direito do trabalho. Seria necessário também considerar os fenômenos de fraude à lei e de fuga diante do direito do trabalho, notáveis na gestão contemporânea das empresas (transformação dos assalariados em trabalhadores independentes, exteriorização da mão-de-obra por meio da terceirização ou dos prestadores de serviço).

Por outro lado, a eficácia da norma, trata-se da relação de conformidade entre a vontade do legislador e o fim alcançado pela norma. Segundo Jeammaud (1992, p. 265), o termo "eficácia" é comumente empregado, com

respeito aos atos jurídicos, para designar a obtenção, no universo singular das relações jurídicas, de resultados puramente técnicos buscados ou inerentes à sua realização. Essa eficácia reside na obtenção do resultado procurado pela autoridade que a promulgou. (Ibid)

Sobre o assunto o Jeammaud (1992, p. 267) explica que “a apreciação da eficácia do direito globalmente considerado supõe que se está de acordo sobre as funções que ele assume a fim de poder verificar se ele as preenche suficientemente ou como.” E mais,

Uma avaliação da aplicação prática de regras jurídicas passa primeiramente por um trabalho de descrição e de análise de seu conteúdo, de suas articulações internas e com os outros componentes de ordem jurídica de pertença, das operações ou situações que elas tendem a ou podem autorizar, favorecer, dissuadir. Logo, por uma construção do quadro de ação que elas instituem. Assim, cremos, será fecunda ‘a tentação cada vez mais vivenciada pela sociologia’ – mas que os juristas poderiam compartilhar – de ‘colocar o direito em perspectiva’ apreendendo social e jurídico em um continuum’ (Ibid, tradução do autor).

Para Jeammaud (1992, p. 265), avaliar a aplicação das normas de direito não é uma tarefa fácil de ser realizada já que, para ele, medir os efeitos de um dispositivo normativo implica em fazer a análise de seus objetos, de suas definições, de seus procedimentos, relacionando as observações empíricas às características do contexto em que ele está inserido.

A noção de eficácia presente no pensamento de Jeammaud é a mesma encontrada na obra do jurista, também francês e contemporâneo, André-Jean Arnaud, cujo pensamento em muitos pontos converge com a “Teoria Crítica do Direito”. Para Arnaud (1999, p. 296) a análise da eficácia de uma norma refere-se à observação das suas conseqüências e da aptidão real das mesmas realizarem suas metas. Segundo o autor, a eficácia é “o modo de apreciação (avaliação) das conseqüências das normas jurídicas e de sua adequação aos fins a que elas objetivam.”.

Como Jeammaud, Arnaud (1999, p. 296) distingue eficácia da noção de efetividade, que conceitua como “o grau de realização, dentro das práticas sociais, das regras enunciadas pelo direito.”. Através desse conceito torna-se possível avaliar a recepção e a implementação das normas jurídicas “pela” e “na” sociedade.

No Brasil, o debate sobre o tema tem considerado a eficácia não apenas como uma condição de validade, mas também como uma das qualidades da norma, um dos seus efeitos, que decorre da forma como ela é observada e aplicada na sociedade. Nesse sentido, alguns autores contemporâneos se destacam pela importância e sistematicidade que dão ao tema, facilitando o entendimento e a utilização desse conceito nos estudos normativos.

Na obra “Introdução ao Estudo do Direito”, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996) trabalha o conceito de eficácia apresentando-o como um dos conceitos operacionais da dogmática jurídica, necessário ao entendimento do ordenamento jurídico em movimento e à decisão dos conflitos sociais. Segundo Ferraz Júnior (1996, p. 202), eficácia é “uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos.”. Para que a norma seja eficaz é preciso que ela seja capaz de produzir efeitos, ou seja, que a norma possua “condições de eficácia.”. Essas condições podem ser de natureza fática ou de natureza técnico-normativa. Há condições de natureza fática quando a norma encontra, na realidade, condições adequadas para produzir seus efeitos, e de natureza técnico-normativa quando há enlaces entre a norma e o restante do ordenamento jurídico que possibilitam sua realização.

No primeiro caso Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996) se refere à existência de condições reais de aplicabilidade da norma em uma dada realidade. Uma norma que obrigue o uso de determinado aparelho de proteção para o trabalhador, por exemplo, só poderá ser eficaz se este aparelho existir e estiver disponível para consumo no mercado. Havendo essas condições pode-se dizer que a norma é efetiva ou socialmente eficaz (Ibid, p. 198). No segundo caso, o autor se refere à existência de “enlaces” entre as diversas normas do ordenamento jurídico, sem os quais a norma estaria impossibilitada de produzir efeitos. Uma norma que prescreve ser inafiançável o crime hediondo, mas não o define só poderá ser eficaz se outra norma contiver tal definição. Enquanto não existir um conceito legal para “crime hediondo” a norma não tem condições de ser realizada e produzir efeitos. Havendo essas condições pode-se dizer que a norma é tecnicamente eficaz (Ibid, p. 199).

Parece claro que, ao se referir à capacidade de uma norma de produzir efeitos, o autor tem em mente a intenção original dessa norma. Sem a identificação do principal efeito desejado pelo legislador que elabora a norma jurídica seria impossível verificar ou mensurar se ela é ou não eficaz. Afinal, toda norma produz efeitos, mas estes podem coincidir ou não, em várias medidas, com as razões da sua criação, seus objetivos, sua finalidade. Essa suposição pode ser comprovada no comentário que faz sobre sucesso e obediência da norma. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996, p. 16),

[...]assim como não se confunde sucesso com obediência, também não se confunde eficácia com sucesso. O sucesso é marca característica da eficácia, mensurável pela possibilidade de se alcançarem efetivamente os objetivos da edição da norma, que podem ser a obediência, o apaziguamento da consciência política, a transposição de efeitos para momentos futuros, etc. Definir a eficácia, portanto, significa correlacionar condições técnicas e condições sociais de possibilidade com objetivos postos expressamente ou encobertos (ideologicamente).

Sobre a relação entre eficácia e validade normativa, Tércio Ferraz (1996) discorda do pensamento kelseniano, entendendo que a norma, ao entrar no ordenamento jurídico, é dotada de validade, independentemente de ser eficaz ou mesmo que “nenhum” efeito tenha produzido. Como lembra, uma norma pode ser eficaz sem nunca ter sido obedecida e sua efetividade não se reduz à sua obediência. Também aqui parece claro que, ao se referir a “nenhum efeito” causado pela norma, o autor tem em mente, como efeito desejado, os fins para os quais a norma foi criada.

Assim, na visão de Tércio Ferraz (1996), a ineficácia de uma norma pode ser observada (1) no seu sentido social - eficácia social ou efetividade; ou (2) no seu sentido técnico - eficácia técnica. Em ambos os casos ela é variável e pode ser graduada.

No primeiro caso, cabe verificar a observação espontânea ou por imposição de terceiros da norma, por parte da sociedade. A depender desses requisitos uma norma poderá ser considerada totalmente eficaz, parcialmente eficaz ou plenamente ineficaz.

No segundo caso, para se auferir seu grau de eficácia faz-se necessário verificar as funções de eficácia no plano da realização normativa (“funções eficaciais”), que segundo o autor pode ter os seguintes sentidos: impedir ou cercar a ocorrência de comportamentos contrários a seu preceito, bloqueando condutas indesejáveis (função de bloqueio); realizar um objetivo, que funciona como um “telos” programático (função programa); realizar um comportamento, visando assegurar uma conduta desejada (função de resguardo). Se para realizar essas funções a norma depende ou sofre restrição de outra norma, ela terá sua eficácia limitada. Caso contrário, sua eficácia será plena.

Considerando o Direito como um fenômeno social, Felipe Augusto de Miranda Rosa (1999) foi um dos primeiros autores a destacar a relevância do enfoque social em estudos jurídicos sobre sociedades em que a mudança social se faça acelerada, intensa e desigualmente, como é o caso da socie-

dade brasileira. Para tanto, apontava a importância de estudos em torno da eficácia das normas jurídicas diante da realidade social em que a mesma se encontra inserida.⁸

Segundo Miranda Rosa (1999), pelo simples fato de existir a norma já produz efeitos. Entretanto, esses efeitos podem ou não coincidir com os objetivos da mesma, com o fim social que a justifica. Segundo o autor, a eficácia é uma qualidade dos efeitos que a norma produz, podendo se tratar de eficácia teórica (esperada, pretendida), ou de eficácia real (verdadeira). (Ibid)

Com base neste conceito de eficácia, proposto por Miranda Rosa (1999), torna-se possível analisar se uma norma é eficaz sem negar os demais efeitos que ela produz. Ou seja, a eficácia é apenas um dos aspectos pelos quais se podem observar os efeitos da lei. Ela deve ser analisada a partir da observação dos seus objetivos, verificando se eles foram alcançados.

Entretanto, essa análise não deve deixar de considerar os demais efeitos produzidos pela norma eficaz, ineficaz ou relativamente eficaz nas perspectivas do alcance dos seus objetivos. E mais, essa eficácia ou ineficácia da norma pode ser mensurada. Como explica o autor, “as regras do Direito são eficazes em grau variado e [...] seus efeitos sociais apresentam, eles também, ampla escala de aspectos diferentes” (ROSA, 1999, p.131).

Assim dispendo Miranda Rosa (1999) classifica a eficácia em duas categorias: teórica e real. Para ele, a norma possui eficácia teórica quando os efeitos gerados por ela coincidem com os seus objetivos. Por outro lado, a norma terá eficácia real quando os efeitos gerados por ela são distintos do objetivo pretendido. Disso pode-se deduzir que uma norma é teoricamente ineficaz quando gera efeitos que não coincidem com seus objetivos iniciais, mas, ainda assim é dotada de alguma eficácia real. Sobre a existência (validade) ou não do Direito ineficaz, o autor explica:

A lei ineficaz é o Direito declarado pela sociedade, atendendo a fins ou a necessidades que ela reconhece, ou supõe reconhecer. As chamadas leis de ‘força latente’ (...) são normas jurídicas, mesmo quando não tenham aplicação prática e verdadeira. Elas possuem um efeito social, como o de atender à pressão de uma parcela importante ou dominante da opinião pública em determinados momentos do processo histórico, em

⁸ Para o autor, o estudo da eficácia das normas jurídicas e dos efeitos sociais que estas normas possuem consiste em um importante campo de pesquisa para a Sociologia do Direito, seja esse estudo de especulação intelectual ou no domínio da pesquisa empírica (Ibid, p.127).

bora sua eficácia real não seja aquela que decorre dos termos em que foi editada. É Direito ineficaz, no sentido de adequação aos seus fins expressos; mas é Direito cujos efeitos se manifestam de outra maneira (Ibid, p. 147).

Ao tratar da relação entre o Direito e a realidade social e da importância de estudos científicos em torno da eficácia da norma jurídica, Miranda Rosa (1999), assim como Jeammaud (1999), destacam o campo do Direito do Trabalho como um terreno propício para essas análises:

[...]ramo de novo desenvolvimento na ciência dogmático-normativa do Direito, é exemplo muito claro do condicionamento direto que a realidade social subjacente à ordem jurídica exerce nesta. Seu aparecimento como um conjunto sistemático de normas de natureza autônoma e com características muito próprias de grande dinamismo e pouco formalismo, suscitou e ainda suscita relações intensas no campo conservador e tradicional, cujos processos de análise do fenômeno do Direito ainda se pautam pelos modos de pensar dominados pelas velhas escolas civilistas. A verdade porém é que seu desenvolvimento tem sido rápido e sua infiltração nos demais ramos do Direito, como fator condicionante de modificações neles inseridas, revela sua extrema vitalidade e a singular proximidade que possui das fontes materiais da sociedade que o produzem e o orientam. As formações do Direito do Trabalho, ou da chamada legislação trabalhista, têm sido alteradas com freqüência, apesar de ainda novas, sob a pressão dos fatos sociais. Elas constituem (...) um conjunto de regras muitas vezes editadas a contragosto e que atendem, portanto, apenas em parte, aos impulsos sociais das novas reivindicações de massa. São concessões feitas, passo a passo, sempre na menor medida possível, pelas forças e pelos grupos detentores do controle da economia. Logo, tendem a transformações em breve prazo, porque a pressão que as motiva continua exigindo novas concessões das forças sociais conservadoras, renovando-se então o processo, cedendo estas apenas parcialmente em soluções de compromisso (ROSA, 1999, p. 138).

José Eduardo Faria (1993) é mais um autor que se destaca pela abordagem do tema da eficácia normativa no país, tendo dado, ao longo de sua

obra, uma grande importância ao assunto. Considerando os diversos aspectos que envolvem o estudo da eficácia, Faria sugere a aplicação do conceito de eficácia como instrumento de avaliação das normas jurídicas diante da realidade social em que estão inseridas. Segundo Faria (1993), essa análise deve englobar as duas dimensões da norma: a da dogmática jurídica e a da sociologia jurídica.⁹ Para tanto, entendendo a eficácia como a capacidade da norma de produzir efeitos, o autor sugere a análise da eficácia em termos (1) técnico-formal e (2) jus-sociológico.

No primeiro caso, trata-se do conceito de eficácia encontrados nas doutrinas positivistas e normativistas do Direito. A eficácia é definida como “o poder de produzir efeitos jurídicos concretos na regulação de situações, relações e comportamentos previstos pelos códigos e pelas leis vigentes” (FARIA, 1993, p. 95). Ou seja, “as normas revelam-se eficazes quando podem ser aplicadas e exigidas dentro dos limites precisos do sistema legal” (Ibid, p. 96). Nessa perspectiva, “o que importa [...] é que elas sejam aplicadas e exigidas a partir dos procedimentos e determinações estabelecidas por um sistema legal considerado formalmente ‘válido’” (Ibid, p. 123).

Tal concepção, segundo o autor, possui sérios limites, pois nem sempre permite uma avaliação completa dos resultados efetivamente alcançados pela aplicação de normas válidas e vigentes, ou seja, ao tratar o conceito de eficácia numa dimensão exclusivamente normativista acaba-se:

[...] não permitindo uma avaliação mais precisa (a) da inter-relação e da interpretação das normas de direito positivo com as demais regras disciplinadoras das diferentes formas de vida social, (b) das medidas substantivas tomadas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário para assegurar a concretização dos ob

⁹ Como explicam Arnaud e Dulce (2000, p. 15), “a dogmática jurídica pode ser definida como sendo a ciência que trata da significação conceitual das normas que compõem determinado sistema jurídico. Seu papel é, portanto, o de interpretar o direito em vigor, a fim de permitir sua completa aplicação, ao mesmo tempo em que constrói um sistema conceitual o mais coerente e completo possível. Seu objeto de estudo é o conjunto das normas jurídicas formalmente válidas; sua meta é sistematizar e estruturar o conteúdo conceitual desse conjunto por meio de conceitos jurídicos”, enquanto que a sociologia jurídica examina “a realidade social subjacente às normas jurídicas, isto é, a gênese destas, sua evolução e seus efeitos práticos. Ela questiona a correspondência entre o conjunto das normas formalmente válidas, que constituem cada sistema jurídico, e a realidade social, em cujo centro essas normas surgem e são desenvolvidas” [...] ocupando-se “do estudo das funções sociais atribuídas aos elementos jurídico-formais de cada sistema”. Para tanto, ela verifica se há adequação entre a atribuição formal de funções e objetivos pesquisados, assim como as consequências práticas, em virtude de certas normas e instituições estarem formalmente em vigor.”. Sobre a relação entre essas duas perspectivas de análise dos sistemas jurídicos os autores concluem: “ninguém hoje duvida da existência de dois modos diferentes de encarar a análise do Direito, isto é, o método dogmático-jurídico e o método empírico-sociológico. Também se reconhece, contudo, a interdependência e a complementariedade absolutas que têm de existir entre ambos.” (FARIA, 1993, p. 19)

jetivos almeçados pelo legislador; e (c) dos efeitos ou resultados efetivamente alcançados pela aplicação das normas por ele editadas. (Ibid)

No segundo caso, trata-se da abordagem da eficácia da norma jurídica a partir de uma perspectiva sociológica. Analisando as condições de eficácia da Constituinte, na década de 1980, Faria (1993) já entendia a eficácia de uma ordem legal como “o poder de produzir efeitos jurídicos ao regular as situações, relações e comportamentos previstos por seus códigos, leis e normas”. Segundo Faria (1988, p. 107), a eficácia

[...]diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executividade de suas prescrições, como possibilidade de sua realização normativa. Em outras palavras, uma ordem jurídica não se torna eficaz apenas porque está sustentada no monopólio da violência por parte do Estado, graças a suas forças policiais encarregadas da segurança pública e da manutenção da ordem. Pelo contrário, ela se torna eficaz especialmente quando os cidadãos incorporam em suas respectivas consciências a premissa de que todas as diretrizes legais devam ser invioláveis. Sem a ‘internalização’ dessa premissa, toda eficácia pode vir a ser comprometida, independentemente do poder repressivo do Estado [...]

Na perspectiva de uma abordagem menos dogmática e mais ampla da eficácia de uma norma, Faria (2000, p. 124) defende que:

[...]as normas e as leis costumam ser eficazes quando encontram na realidade por elas regulada as condições sociais, econômicas, políticas, culturais, ideológicas e até mesmo antropológicas para seu *enforcement*, para seu reconhecimento, para sua aceitação e para seu cumprimento por parte de seus destinatários.

Conforme o autor, essa concepção de eficácia torna possível:

[...]uma avaliação histórica tanto da aplicação material do direito positivo quanto de sua própria legitimidade, tendo em vista a correspondência entre os fins estabelecidos pelo legislador e os valores culturais enraizados entre os diferentes destinatários das leis num determinado sistema social. (Ibid)

Bem como uma:

[..]avaliação comparativa entre os objetivos e comportamentos previstos e estabelecidos pelas normas e pelas leis e os resultados por elas efetivamente alcançados num determinado contexto sócio-político. (Ibid, p. 125)

Segundo Faria (1993, p. 96), essas duas concepções (dogmática e sociológica) devem ser consideradas em conjunto, no exame do grau de eficácia da norma jurídica, a partir da constatação: (1) da existência de coerência, em termos lógico-formais, entre a norma e o sistema jurídico como um todo, (2) de estar, a norma, sustentada no monopólio da força do poder que a positivou, mas também, e, sobretudo, (3) de que os cidadãos incorporaram nas suas consciências a premissa de que essas regras legais devem ser invioláveis. (Ibid)

Parece claro que neste quadro teórico apresentado por Faria (1993) estão presentes os conceitos apontados pelos demais autores em torno da eficácia normativa. Ao conceito de eficácia jus-sociológica pode-se relacionar a noção de efetividade e eficácia normativa propostas por Jeammaud, o conceito de eficácia social de Ferraz Júnior e de eficácia teórica e real de Miranda Rosa. Ao mesmo tempo, o conceito de eficácia técnico-formal refere-se às condições de eficácia de natureza técnico-normativas apontadas por Ferraz Júnior.

Como se pode observar, a teoria jurídica avançou bastante no sentido da conceituação da eficácia. Entretanto, a inexistência de uma indicação metodológica clara para investigações e reflexões sob esse prisma persiste.¹⁰ Diante dessa constatação, ganha importância recente obra de Ana Lucia Sabadell (2000) que, no capítulo dedicado à função da sociologia jurídica e a eficácia do Direito, sugere, de forma objetiva, como deve ser realizada a pesquisa em investigações que tenham como objeto a análise da eficácia de uma norma jurídica.

Sabadell (2000, p. 57) trabalha com três conceitos distintos: efeitos, eficácia e adequação interna da norma. Os efeitos da norma, segundo a autora, são toda e qualquer repercussão social ocasionada por uma norma. Já sua eficácia da norma refere-se ao grau de cumprimento das normas dentro da prática social (se ela é respeitada, se sua violação é efetivamente punida pelo Estado e em que medida isso se dá), enquanto a adequação interna diz

¹⁰ Os estudos sobre a eficácia das normas jurídicas não são comuns no campo da pesquisa científica em Direito, muito menos como instrumentos que auxiliem na elaboração e no acompanhamento das normas jurídicas no âmbito governamental (institucional). No que se referem à pesquisa acadêmica, tais estudos, quando existentes, não possuem uma metodologia clara, sistemática e reconhecida pelos cientistas do Direito como método válido de abordagem do objeto investigado. Isso ocorre mesmo entre os pesquisadores que trabalham no campo da sociologia jurídica e possui como objeto de estudo a aplicação prática do Direito.

respeito à capacidade da norma de atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador. (Ibid)

Com base nesses conceitos a autora sugere que se respondam às seguintes perguntas, no intuito de que se possa analisar, empiricamente, a eficácia de uma norma jurídica:

- a) Tem a norma efeitos, eficácia e adequação interna?
- b) Por que a norma tem ou deixa de ter efeitos, eficácia e adequação interna? Quais são as razões sociais que levam à concretização ou não de tais aspectos?
- c) Qual é a reação do legislador diante da constatação dos efeitos, eficácia e adequação interna de determinada norma?
- d) Quais são as razões sociais de determinada reação do legislador? (Ibid, p. 60).

Segundo a autora devem-se observar, ainda, alguns fatores de eficácia/ineficácia da norma. Esses fatores podem ser divididos em (1) fatores instrumentais e (2) fatores referentes à situação social.

No primeiro caso trata-se de fatores que dependem da atuação dos órgãos de elaboração e aplicação do Direito: divulgação do conteúdo da norma para a população, conhecimento da norma por parte dos seus destinatários, perfeição técnica da norma (clareza na redação, brevidade, precisão do conteúdo, sistematicidade), preparação dos operadores do Direito, responsáveis pela aplicação da norma; sanções adaptadas à situação e socialmente aceitas, expectativa de consequências negativas por parte dos cidadãos. No segundo caso, trata-se de fatores ligados às condições de vida da sociedade em um determinado momento histórico: participação dos cidadãos no processo de elaboração e aplicação das normas, coesão social, adequação da norma à situação política e às relações de força dominantes, contemporaneidade das normas com a sociedade (Ibid, p. 62).

Para Sabadell, quanto mais forte for a presença dos fatores instrumentais e dos fatores referentes à situação social, maiores serão as chances de eficácia de uma determinada norma jurídica.

4. PROPONDO UMA METODOLOGIA DE PESQUISA EM SOCIOLOGIA JURÍDICA DO TRABALHO

Como pode se observado, a reflexão sobre a eficácia da norma surge como uma abordagem interessante sobre o Direito e sua relação com a realidade social, que extrapola um olhar meramente legalista do fenômeno jurídico.

Um estudo jurídico-científico que pretenda observar o desempenho e os resultados de uma norma jurídica (ou um conjunto delas) no meio social em que ela atua e no âmbito do sistema jurídico em que está inserida pode ser feito a partir da análise da eficácia desta norma, o que requer um olhar sobre os diversos aspectos da relação que ela trava com realidade da sociedade em que está inserida.

No âmbito do Direito do Trabalho, a escolha da categoria eficácia nas pesquisas sobre o ordenamento jurídico permite, de uma maneira geral, examinar como o Direito do Trabalho tem influenciado e sido influenciado pelas recentes e significativas transformações do mundo do trabalho, observar como ele tem se adaptado à nova realidade da economia e do mercado de trabalho brasileiro.

Considerando que análise da eficácia das normas possa ser um instrumento de identificação dos efeitos e resultados das normas jurídicas, cabe indagar sobre a forma como esta análise deve ser feita. Ou seja, como analisar as causas e os efeitos das normas jurídicas na sociedade? Em se tratando de normas que tenham como objetivo regular as relações de trabalho, como pensar uma metodologia que permita usar essa categoria da sociologia jurídica como instrumento de abordagem e análise da legislação trabalhista?

Como acontece em todo processo e pesquisa, o primeiro passo é a problematização do tema e a construção de uma hipótese de trabalho, ou seja, daquilo que se desconfia ser uma verdade e se pretende demonstrar com a pesquisa. No caso, a problema se situa no campo da eficácia de uma norma ou de um conjunto dela e a hipótese refere-se à demonstração do grau de eficácia dessa norma na sociedade.

Uma vez destacada a norma, objeto da análise, e definida a hipótese de trabalho, cumpre observar: (1) se essa norma é coerente e está em harmonia com o sistema jurídico em que está inserida, encontrando nele meios para a sua aplicação; (2) se a norma é aplicada e obedecida pela sociedade, em que medida e de que forma isso se dá; (3) se os objetivos da norma foram alcançados, em que medida e de que forma isso ocorre; e (4) os efeitos dessa norma no meio social onde ela atua.

Encontrando-se estas respostas, pode-se, enfim, constatar e avaliar o seu papel modificador ou conservador da realidade social, atribuindo-lhe um grau de eficácia. Ou seja, trata-se de observar em que medida a legislação trabalhista tem sido eficaz no enfrentamento de um determinado fenômeno, analisando e compreendendo o ordenamento jurídico trabalhista na sua relação com a realidade social que regula.

Como metodologia de trabalho, propõe-se uma abordagem semelhante àquela sugerida por Sabadell, partindo-se, entretanto, dos conceitos de eficácia técnico-formal e eficácia jus-sociológica da norma propostos por Faria. Isso deve ser feito em duas etapas, a partir de duas análises distintas, mas complementares.

Primeiramente, as normas selecionadas devem ser analisadas em uma perspectiva jusdogmática, utilizando-se o conceito de eficácia técnico-formal sugerido por Faria. Em um segundo momento, deve ser feita uma análise a partir de uma perspectiva sociojurídica, utilizando-se o conceito de eficácia jus-sociológica do mesmo autor. Isso não impede que se traga para as análises os conceitos dos demais autores citados: “efetividade” e “eficácia” da norma e do Direito, apontados por Jeammaud; “eficácia social” e “eficácia técnica” da norma, trazidos por Ferraz Jr; “eficácia teórica” e “eficácia real” da norma, sugeridos por Miranda Rosa, bem como aqueles utilizados por Sabadell.

Na primeira etapa, ao se examinar a eficácia das normas numa dimensão dogmática jurídica, deve-se observar: 1) a coerência e harmonia entre o conteúdo material nas normas e o conjunto de conceitos e princípios da legislação trabalhista; 2) a coerência e a harmonia das normas com o restante do ordenamento jurídico, bem como as condições de aplicabilidade dadas pelo ordenamento; 3) a forma como as normas são aplicadas no âmbito legal e os problemas jurídicos surgidos com essa aplicação.

Trata-se, portanto, de análises mais objetivas. Através delas pode-se responder às seguintes perguntas: Têm as normas eficácia técnico-formal? De que forma e em que medida?

Na segunda etapa, onde é feito o estudo da eficácia na dimensão da sociologia jurídica, deve-se buscar: 1) identificar as justificativas e objetivos das normas selecionadas, considerando a vontade do legislador e da sociedade, no momento da elaboração, além da promulgação das mesmas, bem como, a existência ou não de um novo “consenso social” sobre os fins sociais das normas; 2) observar as condições de aplicabilidade dadas pelos fatores de ordem social, político e econômico, em um determinado momento histórico, verificando o grau de cumprimento, respeito, fiscalização e punição no caso de violação das normas, olhando como elas são recebidas pela sociedade e se existe identidade entre o conteúdo da norma e as estruturas sociais; 3) anal-

isar o grau e a maneira como os objetivos das normas são ou não alcançados, ou seja, a qualidade dos efeitos produzidos pelas normas considerando a vontade do legislador; 4) identificar os efeitos das normas para a sociedade e para o mundo do trabalho, ou seja, a repercussão social das mesmas.

Com isso será possível responder às seguintes perguntas: as normas têm eficácia jus-sociológica? De que forma e em que medida?

A resposta a cada uma dessas questões demandará a utilização de parâmetros de outros campos das ciências sociais, como a Economia, a Sociologia e a História do Trabalho, capazes de fornecer instrumentos importantes para observação do contexto em que essas normas são produzidas, da forma como são aplicadas e apropriadas pelos diversos atores sociais e do papel que exercem na sociedade, mais especificamente no mercado de trabalho brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são as bases para a construção de um instrumental analítico que possibilite a avaliação das normas jurídicas a partir da análise da dimensão da sua eficácia, o que se mostra fundamental para a busca de soluções de conflitos, promoção de reformas institucionais e identificação das tendências no campo da criação e aplicação do Direito.

A pesquisa no campo da sociologia jurídica do trabalho pode ser um eficiente instrumento para pensar a complexa realidade social em que vive hoje a sociedade contemporânea e buscar soluções para os novos e complexos problemas da atualidade, tarefa que é inerente ao ofício do cientista social.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARRUDA JR., Edmundo Lima. *Ensino Jurídico e sociedade. Formação, trabalho e ação social*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

- FALCÃO, Joaquim. Os advogados. *Ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco; Editora Massangana, 1984.
- FARIA, José Eduardo. A constituinte e suas condições de eficácia. In: FARIA, José Eduardo (org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, p. 101-107.
- _____. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- _____. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1996.
- JEAMMAUD, Antoine. *A questão do futuro do direito do trabalho: visão da Europa*. In: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. *Trabalho, cidadania & magistratura*. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 2000, p.31-60.
- JEAMMAUD, Antoine; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2000.
- JEAMMAUD, Antoine; SEVERIN, Évelyne. Évaluer le droit. In: *Recueil Dalloz Sirey*, 34° cahier, 1992, p. 263-268.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEITE, Eduardo Oliveira. *A monografia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito hoje e Pesquisa em que direito?* Brasília: Nair, 1984.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, n. 1, set., 2004.
- OLIVEIRA, Isabela Fadul de. *A terceirização e as condições de eficácia da leg-*

islação trabalhista no Brasil. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2004.

OLIVEIRA, Luciano; ADEODATO, João Maurício. *O estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centros de Estudos Judiciários, 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo, Acadêmica, 1988.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA JR, José Geraldo de. *Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001.

contra mitos e farsas: breve ensaio sobre neutralidade, ideologia e ciência jurídica

Murilo C. S. Oliveira¹

RESUMO

O ensaio discute as questões referentes à neutralidade e ideologia na ciência jurídica, na tentativa de contribuir para a superação do falso ideal de neutralidade. Discorre sobre a neutralidade formulada no positivismo cientificista, a partir de Michel Lowy. Como contraponto à neutralidade, percorrer, apresenta alguns sentidos de ideologia, demonstrando que a neutralidade é uma auto-ilusão, inclusive pelos debates da hermenêutica filosófica. Nisto, conjectura-se que não há ciência isenta, ou melhor, os valores e a ideologia compõem a ciência. Prossegue o debate sobre neutralidade e ciência no âmbito jurídico, analisando as ideologias jurídicas e suas visões sobre neutralidade, procedendo uma crítica do papel conservador do direito, além do diálogo com alguns debates da hermenêutica filosófica no direito.

Palavras-chave: Ideologia; Neutralidade; Cientificismo; Interpretação jurídica.

ABSTRACT

The essay discusses the issues of neutrality and ideology in legal science in an attempt to help overcome the false ideal of neutrality. Discusses the neutrality formulated scientific positivism, from Michel Lowy. As opposed to neutrality, travel, gives some sense of ideology, demonstrating that neutrality is a self-deception, including the discussions of philosophical hermeneutics. Herein, it is conjectured that no science free, or rather the values and ideology make up the science. Continuing discussion about neutrality and science in the legal field, analyzing the legal ideologies and their views on neutrality, doing a critique of the conservative role of law, and dialogue with some discussions of philosophical hermeneutics in law.

Keywords: Ideology, Neutrality, Scientism, legal interpretation.

¹ Doutor em Direito pela UFPR. Mestre e Especialista em Direito pela UFBA. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho na Bahia. Professor Adjunto da UFBA.

1. INTRODUÇÃO

A neutralidade ainda se apresenta como parâmetro importante no plano da ciência jurídica. A rejeição às ideologias tidas como perniciosas, a interpretação auto-proclamada como correta e uma aplicação supostamente exata do texto legal são expectativas recorrentes de grande parcela da comunidade jurídica, notadamente na prática forense. Constata-se, ainda, que a neutralidade, oriunda do positivismo jurídico, perdura no cenário judicial do Brasil.

Os hodiernos debates sobre a crise do positivismo jurídico no âmbito acadêmico tardam a convencer a prática judicial, esta entendida como as argumentações lançadas nas petições e nas justificações das decisões. Trata-se de um problema de natureza epistemológica. Cuida-se de entender que o sujeito da ciência detém uma posição, uma historicidade e uma ideologia, as quais impedem que, no processo cognitivo, aquele sujeito flutue equidistantemente numa condição imune, asséptica e distinta em relação ao objeto que estuda.

Intenta-se, neste breve ensaio, percorrer as questões de neutralidade e ideologia na ciência jurídica, na tentativa de contribuir para a superação do falso ideal de neutralidade. Para tanto, cumpre iniciar pela fundamentação da neutralidade advinda do positivismo jurídico, cuidando, adiante, da leitura contemporânea desta temática e, ao final, enforcando tais repercussões no âmbito jurídico.

Por coerência, é imperativo desvelar a ideologia subjacente ao trabalho que é a dialética materialista. Seria contraproducente em relação às ideias trazidas adiante no texto, omitir a ideologia constitui o cenário deste trabalho. A publicização da ideologia contida no texto não prejudica suas conclusões. Ao contrário, confirma a coesão da proposta aqui debatida do reconhecimento da falácia da neutralidade.

2. A NEUTRALIDADE NA CIÊNCIA POSITIVISTA

A discussão sobre a necessidade de neutralidade na ciência é produto do positivismo científico. Para a melhor compreensão desta afirmação, impõe-se uma visita superficial e panorâmica sobre o positivismo nas ciências sociais.

São três as principais ideias do positivismo, conforme Michel Lowy (1989). A primeira indica que a sociedade, assim como a natureza, é regida por leis, que fundam uma harmonia natural. Em razão da característica anterior, tem-

se a segunda ideia: os métodos das ciências naturais são também adequados às ciências sociais. Logo, conclui-se que, como ocorre nas ciências naturais, o cientista social deve adotar um espírito livre, neutro e objetivo.

O citado professor francês apresenta o conceito de positivismo:

[...] aquela que afirma a necessidade e a possibilidade de uma ciência social completamente desligada de qualquer vínculo com as classes sociais, com as posições políticas, os valores morais, as ideologias, as utopias, as visões do mundo. [...] O positivismo geralmente designa esse conjunto de valores ou de opções ideológicas como prejuízos, preconceitos ou prenoções. A ideia fundamental do método positivista é de que a ciência só pode ser objetiva e verdadeira na medida em que eliminar totalmente qualquer interferência desses preconceitos ou preções. (LOWY, 2003, p. 36)

A intensa afirmação da indispensável neutralidade positivista justificou-se historicamente no contexto de superação do pensamento clerical a partir do iluminismo. O positivismo é tributário da filosofia das luzes, objetivando uma formulação científica baseada na razão e isenta de qualquer interferência. Entretanto, a obstinação pela neutralidade conduziu o positivismo à cegueira acerca da impossibilidade real de um sujeito isento.

Michel Lowy (2003, p. 37) aponta que o pai do positivismo foi Condorcet, o qual defendia a perspectiva de uma matemática social. Sendo uma matemática social, o estudo dos fenômenos sociais deveria ser preciso, numérico e rigoroso, seguindo, portanto, os mesmos parâmetros da disciplina matemática.

O discípulo de Condorcet, Saint-Simon, sustentava uma fisiologia social. Saint-Simon, adepto ao socialismo científico, comparava as ciências sociais à fisiologia, sugerindo que a ocorrência de um parasitismo social de certas classes (nobreza e clero).

Em Augusto Comte, o modelo para as ciências sociais é a física. Articula-se a ciência social como uma física social, uma vez que os fenômenos sociais, assim os físicos, sujeitam-se às leis inevitáveis (LOWY, 2003, p. 38). O traço da inevitabilidade conduz esta ciência positiva à função de legitimadora da submissão, porque esta se conforma a apenas compreender os acontecimentos sociais, sem admitir a possibilidade de alteração, por vontade do homem, do seu curso.

Atente-se que o positivismo, após a Revolução Francesa, perdeu seu caráter revolucionário ou utópico, pois a classe que estava comprometida

ascendeu ao poder, propiciando um positivismo, agora, legitimador, conservador e ideológico.

Um dos contributos de Émile Durkheim com sua sociologia científica é a constituição de um objeto de estudo autônomo, em outras palavras, uma coisa objetiva e observável. A objetividade almejada dependia de uma rígida separação entre sujeito e objeto, pois é justamente esta separação que garante uma investigação isenta e racional.

Com Durkheim, concebe-se que as leis sociais equivalem às leis naturais, e, pela equivalência proposta, devem compartilhar uma mesma metódica. Assim sugeria aquele cientista social:

A ciência social não podia progredir enquanto não havia estabelecido que as leis da sociedade não são diferentes das que regem o resto da natureza e que, portanto, o método que serve para descobrir essas leis não é diferente do método que se aplica nas ciências naturais (DURKHEIM apud LOWY, 2003, p. 41).

Consequentemente, seria dever do sociólogo calar os preconceitos e paixões, por de lado as prenoções e ter calma a fim de evitar o irracionalismo. Michel Lowy denuncia que tais orientações positivistas contêm uma receita psicológica de imunidade:

Pode-se perceber que todas essas formulações são psicológicas: pôr de lado as prenoções, fazer calar as paixões, chegar através do sangue-frio à imparcialidade científica, ignorar preconceitos, etc. Essa é a receita clássica do positivismo para resolver o problema da objetividade científica da ciência social, para resolver a contradição entre a existência de ideologias, utopias, visões sociais de mundo (o que ele chama de prenoções, preconceitos, paixões, nós chamamos de ideologias, utopias, visões sociais de mundo), a solução é um esforço do sociólogo para eliminar esses elementos perturbadores (LOWY, 2003, p. 42).

Max Weber, mesmo sem ser positivista, compartilhava do ideal de uma ciência sem valores. Para Weber, os valores são indispensáveis à ciência, somente porque elegem os pontos de partida do processo científico, definindo a problemática da pesquisa. "Ele [Weber] considerava que se não houvesse valores no início do trabalho científico, não haveria produção científica, não se

começaria a investigação porque não se saberia o que investigar.”. (Ibid, p. 48)

Uma vez definida a problemática, cabe, então, um procedimento rigoroso, neutro e objetivo. Neste quadro, o resultado da ciência fica livre de valores, não obstante haver a intervenção inicial dos valores no passo inaugural da pesquisa. “Os instrumentos conceituais usados dependem de valores, mas a maneira de usá-los para chegar à verdade se relaciona a regras gerais, universais, que valem para qualquer investigação.”. (Ibid, p. 50)

A crítica ao pensamento de Weber emerge em diversos aspectos. Primeiro, os fatos e valores interagem, o que significa que o conhecimento tem, normalmente, como premissa a pretensão de ação. Deseja-se conhecer para agir a partir deste conhecimento e, adiante, tal atuação pode ser destinada a transformar ou manter práticas ou ideias. Os valores, mesmo como uma metódica forte, prosseguem interferindo nos rumos da investigação científica.

Assim, os valores permeiam não só a eleição do problema, mas todo processo científico. Weber constrói um sistema científico rico (com valores no início), mas repete a postura positivista da pretensa neutralidade. Na prática, não se pode evitar a interferência da ideologia no processo científico, contudo não se deve somente contentar-se com esta. Pierre Bourdieu (2004, p. 21) sintetiza “[...] é preciso escapar à alternativa da ‘ciência pura’, totalmente livre de qualquer necessidade social, e da ‘ciência escrava’, sujeito a todas as demandas políticas-econômicas.”.

3. A IDEOLOGIA

Na antípoda da ideia de neutralidade se encontra a acepção predominante de ideologia. Cumpre, então, percorrer, rapidamente, os sentidos de ideologia para, tratando do oposto, entender melhor a pretensão de neutralidade.

A primeira noção de ideologia surgiu com Destutty de Tracy em 1789 com a obra *Eléments d'Idéologie*. A ideologia sugerida por Tracy conjuntamente com outros pensadores da época era a teoria sobre as faculdades sensíveis do homem, tais como vontade, razão, percepção e memória. (CHAUÍ, 2001, p. 25)

Em contraposição à religião, metafísica e monarquia, os ideólogos consideravam que as ações e pensamentos humanos decorriam de causas naturais ou físicas, ou seja, adotavam um materialismo naturalista. Por força dessa orientação materialista, acreditavam que o progresso da ciência decorria de observação e análise dos fatos.

A segunda acepção de ideologia, agora como sentido negativo, surgiu com Napoleão Bonaparte. Os ideólogos, inicialmente apoiadores e integrantes

es do governo de Bonaparte, logo se posicionaram na oposição quando o Antigo Regime foi restabelecido. Como resposta, o governante francês, além de destituir de seu governo os adeptos da ideologia e de fechar sua academia, pronunciou emblemático discurso, no qual alcunha a ideologia de metafísica. Marilena Chauí (2001, p. 27) apresenta a tal passagem do discurso de Napoleão Bonaparte:

Todas as desgraças que afligem nossa bela França devem ser atribuídas à ideologia, essa tenebrosa metafísica que, buscando com sutilezas as causas primeiras, quer fundar suas bases a legislação dos povos, em vez de adaptar as leis ao conhecimento do coração humano e às lições da história (BONAPARTE apud CHAÚÍ, 2001, p. 27).

A feição pejorativa atribuída por Bonaparte à ideologia inicia uma nova semântica ao termo ideologia: o de falseamento da realidade. Isto porque, ao considerar os ideólogos como metafísicos, Bonaparte qualificou, arditamente, a ideologia com uma característica – a metafísica – a qual era justamente oposta ao conjunto de características da ideologia. Em outras palavras, a fala de Napoleão sobre a ideologia foi ideológica (falsa). Chauí (2001, p. 28) sintetiza a viragem no sentido de ideologia.

Assim, a ideologia, que inicialmente designava uma ciência natural da aquisição, pelo homem, das ideias calcadas sobre o próprio real, passa a designar, daí por diante, um sistema de idéias condenadas a desconhecer a sua relação real com a realidade.

Um terceiro sentido de ideologia refere-se à auto-ilusão. A crítica de Karl Marx e Friedrich Engels (1998) à esquerda hegeliana na obra *Ideologia Alemã* trata da ideologia como a compreensão errônea acerca da realidade. Cuida-se também uma acepção pejorativa de ideologia, notadamente por associar tal verbete a ilusão e falsidade.

Uma quarta noção de ideologia surge no bojo da Revolução Russa. Numa perspectiva de superação da feição pejorativa, Lênin retoma a expressão ideologia agora entendida como compreensão da realidade de determinada classe social. No livro *Que Fazer?*, Lênin aponta como trabalho dos “ideólogos burgueses” a tarefa de demonstrar discursivamente que cabe ao Estado o papel de conciliar as classes (LÊNIN, 2008, p. 3). Deste modo, coexistem ideologias constituídas em conformidade com os anseios da classe social, não se garantido que uma seja mais certa do que a outra, mas tão somente elucidando

os interesses que fundamentam aquela leitura da sociedade. A passagem seguinte do texto de Lênin indica a existências das ideologias:

[...] o problema coloca-se exclusivamente assim: ideologia burguesa ou ideologia socialista. Não há meio-termo (pois a humanidade não elaborou uma “terceira” ideologia; e, além disso, em uma sociedade dilacerada pelos antagonismos de classe não seria possível existir uma ideologia à margem ou acima dessas classes). Por isso, toda diminuição da ideologia socialista, todo distanciamento dela implica o fortalecimento da ideologia burguesa. (LÊNIN, 2008, p. 21)

As ideologias para Lênin seriam pensamentos particulares sem qualquer pretensão de exclusividade, caracterizados por serem elaboradas a partir dos interesses políticos das classes sociais dos seus idealizadores. Não se trata da visão falsa, pois não há uma visão correta. Cuida-se de um ponto de vista, tão correto, em abstrato, como os outros possíveis. Entretanto, Lênin, como se percebe na situação, atua, ideologicamente, desmerecendo a ideologia burguesa visando fortalecer a ideologia do proletariado.

As diversas semânticas acima para ideologia impedem, felizmente, uma concepção neutra de ideologia. A definição por um dos quatro sentidos decorrerá, como Max Weber já indicava, na eleição do valor. Ocorre, entretanto, que a ideologia no sentido de concepção falsa do real impregna a pretensão de neutralidade.

Com efeito, a noção de ideologia como falseamento consiste na transmutação de ideias particulares em ideais universais. Afirma-se que determinado conjunto de pensamento coerente para certa particularidade é, numa expansão discursiva falsa, válido universalmente. Trata-se de um abuso do pensamento indutivo destinado, ordinariamente, tornar correto e legítimo um único ponto de vista, em detrimento dos demais. Chauí explica que a ideologia é universal abstrato:

[...] a transformação de idéias particulares da classe dominante em idéias universais de todos e para todos os membros da sociedade. Essa universalidade de idéias é abstrata porque não corresponde a nada real e concreto, visto que no real existem concretamente classes particulares e não universalidade humana. As idéias de ideologia são, pois, universais abstratos. (CHAUÍ, 2001, p. 86)

A pretensão, ainda que sincera, de total imparcialidade ou neutralidade do positivismo oculta o sentido ideológico – falso – da visão de que é posição que o sujeito cognitivo adote, nas ciências sociais, uma não posição ou, em outras palavras, um não ponto de vista. Neste ponto, o positivismo acredita na ideologia (auto-ilusão) da neutralidade.

4. A ILUSÃO DA NEUTRALIDADE

Friedrich Nietzsche anunciava: “Contra o positivismo, que pára perante os fenômenos e diz: ‘Há apenas fatos’, eu digo: ‘Ao contrário, fatos é o que não há; há apenas interpretações’” (2002, p. 164). Negar a possibilidade da identificação pelo homem de fatos em favor do reconhecimento de existem apenas relatos e versões humanas destes pontua, com a força eloqüente, a assertiva de que a neutralidade é uma autoilusão, uma ideologia.

O desenvolvimento das ciências naturais demonstra a impossibilidade física da neutralidade durante a observação de objetos. A observação visual, por si só, provoca interferência no objeto de estudo, podendo, inclusive alterar o objeto em análise. Boaventura de Sousa Santos (2000, p. 43) relata que a medição de objeto pode alterar suas qualidades:

Heisenberg e Bohr demonstram que não é possível observar ou medir um objecto sem interferir nele, sem o alterar, e a tal ponto de que o objeto que sai de um processo de medição não é o mesmo que lá entrou” Como ilustra Wigner, ‘a medição da curvatura do espaço causada por uma partícula não pode ser levada a cabo sem criar novos campos que são bilhões de vezes maiores que o campo de investigação’.

Se no âmbito das ciências naturais, cujo objeto de estudo é tangivelmente distinto do próprio cientista, resta demonstrar que a observação não se revela neutra, mas patente fica tal situação no plano das ciências sociais, nas quais o objeto de estudo confunde-se epistemologicamente com o próprio sujeito da pesquisa. Nas ciências sociais aplicadas – aonde se insere o direito – a perspectiva da sua utilização destes saberes é, geralmente, imbuída de manifestação de poder e potencial dominação, o que já pressupõe a impossibilidade de uma exata e rigorosa neutralidade.

Resgatando o debate weberiano, os valores e as ideologias são indissociáveis do processo científico no seu momento inicial, de definição do problema a ser investigado. A identificação do problema da pesquisa é um ato discricionário do cientista e, por tal natureza arbitrária, contém na sua essência as ideologias, os valores e a historicidade. Neste particular, Agostinho Ramalho Marques Neto é bastante incisivo:

[...] todo trabalho científico decorre de um processo de escolha [interferência da ideologia do sujeito, da sua subjetividade e do contexto político-histórico], em que o pesquisador considera certos aspectos da realidade mais importantes que outros, o que implica em uma valoração do objeto [...] nenhum pesquisador inicia em branco um trabalho de investigação científica. Ele parte de um conhecimento teórico acumulado, ou seja, das explicações já existentes sobre o objeto, as quais, por sua vez, não são imunes às influências axiológicas e ideológicas. (MARQUES NETO, 1990, p. 57)

De igual modo, a definição do método é, antes de tudo, uma escolha arbitrária do pesquisador, a qual já compromete a pretensa neutralidade positivista.

A escolha do método, por que há de se orientar, é fundamental, condicionando o tipo de conhecimento a ser atingido e estabelecendo seus limites. A opção metodológica – escolha do caminho a ser percorrido em busca do conhecimento – é, por sua vez, condicionada a uma idéia prévia, nem sempre claramente explicitada, do que se pensa sobre o direito. (AZEVEDO, 2000, p. 12)

Noutro giro, a hermenêutica filosófica também contribuiu na demonstração da impossibilidade da neutralidade na interpretação. Hans-Georg Gadamer cuidou de dirigir sua crítica ao pensamento cartesiano que condicionava à verdade à adequação ao método. Sua obra, *Verdade e Método*, serviu a tal crítica, valendo-se de grande ironia no título. Tinha como objetivo central:

A tese de meu livro é, pois, que o momento histórico-efetual é e permanece efetivo e atuante em toda a compreensão da tradição, mesmo onde a metodologia das modernas ciências históricas ganhou espaço, e transforma em “objeto” aquilo que

veio a ser historicamente, o que foi transmitido historicamente, que se deve “estabelecer” como um dado experimental – como se a tradição fosse estranha e, humanamente falando, incompreensível enquanto objeto da física. (GADAMER, 2005, p. 20)

Verifica-se, dessa forma, a historicidade na hermenêutica filosófica. Todo intérprete já conserva consigo alguns juízos prévios que conformam uma intenção preliminar na interpretação. No momento da formulação da pré-compreensão, e também da compreensão, o elemento histórico atua fazendo com que esta hermenêutica seja perpassada pela historicidade.

O elemento da historicidade é trabalhado em Gadamer sobre outro viés, posto que é desenvolvido pela questão do ser de Heidegger na hermenêutica, superando as aporias do historicismo. “Por isso, dado que o conhecimento histórico recebe a legitimação a partir da estrutura prévia da presença, ninguém há de querer atacar os critérios imanentes daquilo que quer dizer conhecimento.”. (Ibid, p. 350) Entender que o intérprete vive num contexto histórico que lhe envolve é caracterizar a compreensão como finita e temporária.

Gadamer considera que a interpretação é um ato de projetar, que começa por conceitos prévios que serão, a posteriori, substituídos por mais adequados, fazendo movimento circular: preconceito → texto → conceito → sentido.

Assim, o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou (Ibid, p. 386).

Outro óbice para uma real neutralidade são os preconceitos. Retomando a sugestão de Durkheim de rejeição das pré-noções, constata-se um grave problema nesta predicação. Em termos gerais, os preconceitos e as pré-noções instalam-se ocultamente no intelecto humano, sendo identificados, normalmente, na discussão e no confronto de pontos de vista. Lowy enfatiza que as pré-noções são ocultas:

Ora, o que caracteriza o preconceito é justamente o seu não-reconhecimento enquanto tal, ele é percebido pelo preconceituoso como algo totalmente evidente, óbvio, indiscutível.

O preconceito não é formulado explicitamente, fica oculto nas profundezas do pensamento, fica implícito e, geralmente, o próprio investigador não se dá conta de sua existência. (LOWY, 2003, p. 43)

Outro condicionante desta pretensa neutralidade é a autonomia do objeto. Uma das condições para a defesa da neutralidade é o reconhecimento da existência de uma forte dicotomia entre sujeito e objeto. Tal dicotomia sugere que o sujeito, conjuntamente com seus valores, história e ideologia, é firmemente distinto da investigação científica que se realiza. É a expulsão do sujeito, conforme denúncia de Boaventura:

A ciência moderna consagrou o homem enquanto sujeito epistêmico mas expulsou-o, tal como a Deus, enquanto sujeito empírico. Um conhecimento objectivo, factual e rigoroso não tolerava a interferência dos valores humanos ou religiosos. Foi nesta base que construiu a distinção dicotômica sujeito/objeto. No entanto, a distinção sujeito/objecto nunca foi tão pacífica nas ciências sociais quanto nas ciências naturais [...]. (SANTOS, 2003, p. 80)

A defesa da autonomia do objeto de certos fatos sobre o sujeito cognitivo, seja pelo discurso da ontologia (as coisas são assim), seja pelo discurso da divindade (esta é a vontade divina) conduzem a uma ideologia – falseamento –, porque se ignora a capacidade humana de produzir e transformar sua história frente à natureza das coisas ou divindade. Chauí explica que:

[...] a ideologia nasce para fazer com que os homens criem que suas vidas são o que são em decorrência da ação de certas entidades (a natureza, os deuses ou deus, a razão ou a ciência, a sociedade ou o estado), que existem em si e por si e às quais é legítimo e legal que se submetam. (CHAUÍ, 2003, p. 80)

Atente-se que nas ciências físico-naturais o sujeito já foi relocado como indissociável do objeto. A mecânica quântica confirmou que o ato de conhecimento e o produto do conhecimento são entes inseparáveis. (SANTOS, 2003, p. 82)

Acrescente-se que o contexto de crise da modernidade sugere a noção de complexidades da realidade frente à antiga ciência monocausal e a ambivalência dos objetos de estudo. Neste quadro, a tradução desponta como um

parâmetro de racionalidade científica mais apropriada à contemporaneidade do que a racionalidade moderna. Note-se que a tradução reconhece a importância do sujeito no ato cognitivo, bem como que todo ato de apreensão de conhecimento é também de produção de conhecimento, uma vez que se opera uma tradução entre os dados perceptíveis e o pensamento humano, sob a condução de um sujeito histórico e ideológico.

No mister do tradutor, o contexto, a historicidade, a subjetividade detêm mais importância do que a palavra em si, normalmente ambivalente. François Dusse (2003) relata interesse exemplo de ambivalência potencializada pelo contexto dos intérpretes:

Philippe Pignarre, para mostrar até que ponto um remédio não se deduz apenas da substância química, confronta duas substâncias similares no plano químico e de efeitos quase equivalentes: a metadona, que se tornou um medicamento desde o fim de 1994, e a heroína, classificada como droga. Ele se coloca a questão de saber o que acontece 'no nível dos consumidores'. A dependência da substância com relação à cadeia social semântica na qual ela está integrada é nesse caso realmente espetacular. O mesmo classificado como droga, a heroína, remete à marginalidade [...] a um estado mental de psicose, [...] enquanto que a metadona, classificada como medicamento, visa a reintegração social [...] à estabilização física e emocional. (Ibid, p. 142-143)

Pode-se, então, concluir que não há ciência isenta. “Desse modo, não existe a ciência pura de um lado, e a ideologia de outro. Existem diferentes pontos de vista científicos que estão vinculados a diferentes pontos de vista de classe” (LOWY, 2003, p. 104). Ou melhor, os valores e a ideologia compõem a ciência. “Os pressupostos metafísicos, os sistemas de crenças, os juízos de valor não estão antes nem depois da explicação científica da natureza ou da sociedade. São parte integrante dessa mesma explicação.”. (SANTOS, 2003, p. 83)

5. A NEUTRALIDADE E A IDEOLOGIA NO DIREITO

O debate da neutralidade no direito incorpora os traços e problemas da ciência moderna. Entretanto, o modelo de ciência social positivista colonizou

a ciência jurídica, a partir de uma racionalidade cientificista. Por cientificismo deve-se entender o mito de conceber o conhecimento científico como produtor de verdades universais, absolutas e inabaláveis, portanto que pretende constituir-se como única forma válida de conhecimento.

Esta pretensão de formular verdades absolutas e universais incorpora uma crença de que só é verdadeiro o conhecimento científico, e termina por conferir à ciência um caráter de “religião da verdade”, transfigurando-a para uma postura metafísica que tanto a ciência combatia.

A história do pensamento jurídico confirma que o direito foi construído cientificamente por vertentes nitidamente ideológicas: o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico. Particularmente, faz-se necessário compreender estes modelos de ideologia jurídica como resultantes da modernidade e do modo de produção capitalista. Antônio Carlos Wolkmer (2000, p. 1) assim o faz:

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um específico complexo de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação do interesse liberal-individualista e por uma estrutura estatal centralizada. Certamente que este entendimento não só compartilha da idéia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como sobretudo, confirma a concepção de que o Direito é sempre produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes das necessidades humanas.

O Jusnaturalismo serviu de legitimação jurídico-filosófica para a afirmação da burguesia enquanto grupo social hegemônico. Não tinha como desiderato, salvo como falsa retórica, a defesa de uma ordem justa. Surgindo principalmente como reação ao Jusnaturalismo, o Positivismo Jurídico constitui-se como a ideologia jurídica hegemônica, embora, atualmente, esteja em declínio. Sua proposta é a contestação à metafísica jusnaturalista, objetivando a purificação do Direito, retirando deste as contribuições e envolvimento com outros saberes.

Wolkmer (1995, p. 151) complementa “a ideologia positivista procurou banir todas as considerações de teor metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade das estruturas legais em vigor”. Ele continua:

A ideologia positivista se contrapõe à concepção metajurídica jusfilosófica, na medida em que rejeita toda e qualquer dimensão

a priori. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista. O Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Toda sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada. [...] Esse caráter ideológico, passível de ser detectado na doutrina positivista, não é forma alguma reconhecido, mas ocultado pelo dogmatismo jurídico oficializado. (Ibid, p. 151)

A pretensão maior do Positivismo Jurídico é a separação e definição do objeto da ciência do Direito. Para tanto, concebeu, ao expurgar a metafísica, a axiologia, filosofia, sociologia, história, economia, entre outros conhecimentos, um objeto preciso e neutro para o Direito: a norma. Marques Neto registra este propósito:

[...] não há colocar (sic) qualquer fundamento ideológico ou axiológico na Ciência do Direito, fora da qual se situa, do mesmo modo, o problema da justiça, porque, no fim das contas, o forte conteúdo valorativo em que esse problema implica constitui outras tantas impurezas que ameaçam macular a limpidez da norma. (MARQUES NETO, 2001, p. 164).

Percebe-se a característica fulcral do Positivismo: o formalismo jurídico. A validade da norma, pela ótica positivista, não reside na legitimidade ou na consonância com os anseios da sociedade, mas na coerência interna da norma com o sistema jurídico, principalmente em relação à norma hipotética fundamental. Isto é independentemente do seu conteúdo, o respeito ao processo legislativo e a concatenação com o ordenamento jurídico por si só asseguram a validade à norma.

A dogmática jurídica positivista, trabalhando com conceitos operacionais abstratos e gerais, possibilita a indiferença do mundo jurídico ante a realidade social, pois trata os conflitos de forma universalista e abstrata, neutralizando a pressão social oriunda da disputa pelo poder.

É justamente neste momento que esta ideologia jurídica, pretendendo ser neutra e imparcial, pode transforma-se em excessivamente parcial e dirigida, em razão da não observância da legitimidade do conteúdo da norma. O critério da devida formalidade é, notadamente, insuficiente para garantir a desejada neutralidade. Ocorrendo exatamente o contrário, pois o de-

sprestígio do substrato da norma pode significar uma prescrição legalmente perfeita, contudo materialmente dirigida a favorecer um segmento ou, como normalmente ocorre destinada à manutenção da ordem social vigente.

O caráter mecanicista da interpretação positivista associado a uma postura supostamente anti-ideológica ocasiona o contrário do pretendido, ou seja, termina servindo a sistemas políticos jurídicos bem diversos, compreendendo desde democracias até as mais fascistas ditaduras. Isto se deve à concepção do Direito, como mera técnica da norma, em outras palavras, como simplesmente instrumento de regulação-conservação social. “A doutrina kelsiana se presta admiravelmente bem a qualquer tipo de autoritarismo político, pois exerce precisamente a função ideológica de ocultar as contradições intrínsecas a uma sociedade de classes na estrutura capitalista.”. (Ibid, p. 168)

Tanto o Jusnaturalismo como o Positivismo se revelaram, por meio de análise dialética, imbuídos dos interesses de um grupo social - a burguesia, que pretendia e conseguiu fazer-se hegemônico. Para assegurar sua dominação política e ideológica, estas ideologias promoveram uma transmutação de seus interesses particulares em interesses gerais da sociedade, a partir da tentativa de considerar o Direito, no plano teórico, sempre abstrato e universal.

Entretanto, a realidade social e a eficácia/efetividade do Direito no mundo burguês demonstram indubitavelmente seu caráter particularista, ao produzirem situações de absurda desigualdade e a própria negação dos direitos postos fundamentais para as populações oprimidas, notadamente, as populações excluídas da sociedade (desempregados, sem-terra, sem-teto, entre outros). Então, a noção de Direito representa, na sua essência, interesses de classe ou grupo social.

A neutralidade definida no positivismo jurídico significa, concretamente, a preservação do padrão e da dinâmica das relações sociais existentes, ou seja, a manutenção do status quo. Ainda que numa análise superficial acerca do direito, Chauí (2003, p. 82-83) aponta a ideologia ínculta ao Direito:

Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento de leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como “Estado de Direito”. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação seja tida como uma violência, mas como legal,

e por ser legal e não-violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados, e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como o legítimo, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela idéia do Estado – ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela idéia de interesse geral encarnado no Estado.

O superficialismo da análise jurídica procedida pela filósofa não inválida seu exemplo, exatamente porque os conceitos de direito ainda têm transitado pela ideia de controle social, técnica de coerção, garantia da ordem. A contribuição do debate ideológico traz a lume quem são os beneficiários deste controle social, debate este sonogado na dogmática jurídica.

A neutralidade na interpretação e aplicação do direito configura uma ideologia – falsa visão da realidade. A defesa da postura de neutralidade, a qual é concretamente impossível, revela-se como a pregação de conduta irrealizável. Logo, sustentar a neutralidade equivale a reiterar as posições já consolidadas, reforçando o conservadorismo. A defesa da neutralidade assume, então, uma opção política e, assim, entra em paradoxo pela prática contraditória à sua ontologia. Portanto, a neutralidade é um mito, uma ideologia no sentido de autoilusão.

Adiante, cumpre perquirir qual a ideologia por detrás das leis, no sentido de identificar quais os interesses sociais subjacentes as formulações legislativas de tais normas. Tal orientação afirmar-se imperativa a fim de garantir que interesses casuísticos e singulares de legisladores ordinários e transitórios não se sobreponham sob o pacto político fundamental da sociedade consagrado na Constituição. O exame da ideologia inerente à produção legislativa é, assim, indispensável para a aplicação do direito em conformidade com a carta constitucional.

A ausência de cuidado de identificação ideológica, numa tão somente aparente leitura neutra da lei, coaduna com a repetição das opções ideológicas dos legisladores tornando mítica a neutralidade a que se agarra o cientificismo. Plauto Faraco de Azevedo (2000) diz que: “A atitude hierática de busca de compreensão do texto legal através de si, mesmo apartado de suas condicionantes sociais, dificulta a apreensão de seu significado e, portanto, ao ordenamento jurídico.”. (Ibid, p. 36)

De outro lado, a descoberta da estrutura prévia da compreensão (pré-compreensão) de Heidegger é fundamental e imprescindível para a her-

menêutica filosófica. Em consideração da existência mundana do sujeito, este carregará consigo sua história, opções, ideologias, medos e opiniões que constituem sua pré-compreensão. A estrutura prévia da compreensão atua com manifesta interferência na hermenêutica, pois realiza os recortes possíveis de interpretação ou mesmo confere um sentido próprio e distinto de outros intérpretes, concatenado com a o pré-juízo.

Uma vez reconhecida a pré-compreensão, há de se publicizá-la e externalizá-la, com o mister de evitar que as pré-compreensões não conduzam arbitrariamente a interpretação. Neste particular, Gadamer (2005) defende a postura heideggeriana contra a feição negativa, cunhada pelo iluminismo, do conceito de pré-conceito. "Preconceito não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente.". (Ibid, p.360) Lênio Streck critica a omissão da filosofia moderna acerca do debate existencial:

O mundo só se dá para nós na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele sujeito do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe ao objeto entendido como simples-presença. (STRECK, 2005, p. 192)

Por fim, o reconhecimento da falácia da neutralidade axiológica reconduz a ética o papel de relevo no campo da ciência. O debate ético mostra-se indispensável porque as valorações, outrora escondidas e negadas, exigem uma reflexão axiológica acerca das conseqüências da produção do conhecimento. Luis Alberto Warat (2004, p. 530) adverte:

[...] o fim da neutralidade da ciência, revelando que ela serve para construir e destruir realidades, assim como para alterar o curso da subjetividade das ações. Uma falta de neutralidade nos obriga a considerar em seu lugar o aspecto ético da produção de conhecimentos. Somos responsáveis pelas realidades que construímos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afirmação da impossibilidade da neutralidade nas ciências sociais, inclusive a ciência jurídica, não enfraquece seu estatuto científico. Ao contrário, reconhecer que as valorações são inafastáveis ao homem e a sua ciência permite, cada vez mais, uma maior aproximação da verdade. E é justamente esta perspectiva de aproximação da verdade – e não mais a falácia de uma identificação precisa e rigorosa da verdade – que demarca a ciência contemporânea. Lowy (2003) sintetiza:

O que define a ciência como tal é a tentativa de conhecimento da verdade. Nesse sentido, há uma relação entre ciência e conhecimento da verdade. Porém, a verdade absoluta jamais será conhecida, todo o processo de conhecimento é um processo de acercamento, de aproximação à verdade. Dentro do conhecimento científico há maiores ou menores de aproximação da verdade. (Ibid, p. 109)

No Direito, a ideologia mostra-se também inafastável. A ideologia foi o substrato da constituição das principais correntes jurídicas (Jusnaturalismo e positivismo). A produção legislativa carrega consigo a ideologia dos legisladores. A interpretação e aplicação do Direito são afetadas pela pré-compreensão, historicidade e ideologias dos operadores jurídicos.

Todas estas circunstâncias tornam ideológico – ponto de vista impregnado de interesses de certos grupos sociais – o discurso da neutralidade no Direito. Atente-se que, hodiernamente, não se espera do magistrado uma neutralidade impossível, mas sim uma imparcialidade de alguém que, não obstante sua pré-compreensão, história e ideologia, poste-se equidistante no debate processual e sempre aberto ao convencimento, mesmo em oposição aos seus juízos prévios.

Quando se sustenta uma neutralidade adota-se, ainda que inconscientemente, a opção de legitimação das práticas sociais cotidianas e da reprodução do presente sob o molde do passado. A neutralidade é, assim, uma ideologia conservadora.

Por fim, a aceitação de que a ideologia interfere no processo científico não pode significar que as ciências sejam reféns daquela. Visualizar a interferência dos valores serve, antes de tudo, para cientificamente diminuir o grau desta intervenção na busca pelo conhecimento. Por isso, as ideologias e valores, outrora escondidos sorrateira ou inconscientemente, devem vir a público

para a discussão, fundamentação e convencimento, assim como os demais problemas científicos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência*. São Paulo: UNESP, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia?* 2 ed. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2001.

LÊNIN. *Que Fazer?* Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/lenin/1902/quefazer/index.htm>> Acesso em: 10 dez. 2008.

LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciências Sociais: elementos para uma análise marxista*. 16 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método*. São Paulo: Forense, 1990.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Ideologia Alemã*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998. Coleção Clássicos Filosofia/Ciências Sociais.

NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos Finais*. Brasília, Editora UNB, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 2 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade*. In:

Territórios Desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito.* 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

_____. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito.* 2 ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2000;

o acréscimo de 25% nas aposentadorias do rgps: uma interpretação extensiva da regra do art. 25º da lei 8.213/91

Durval Carneiro Neto¹

Bárbara Évelyn Araújo Figueirêdo²

RESUMO:

O presente artigo volta-se para o tratamento jurídico a ser dado a todos os aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que necessitem da assistência permanente a que alude o Art. 45º da Lei 8.213/91, fazendo jus ao respectivo acréscimo financeiro. A interpretação literal do referido dispositivo legal poderia levar a se restringir o adicional apenas aos titulares de aposentadorias por invalidez, não se aplicando aos beneficiários de aposentadoria por idade. Tal exegese, contudo, revela-se flagrantemente equivocada e injusta, violando os princípios jurídicos que norteiam todos os serviços estatais, sobretudo na área da previdência social. Cumpre defender uma interpretação extensiva da regra, de modo a que abarque todos os aposentados que se encontrem na mesma situação de necessidade justificadora da proteção adicional conferida pelo ordenamento. Destaca-se a incidência, na espécie, dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além do princípio da universalidade, específico da seara da seguridade social. A solução mais adequada, portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se na concessão do acréscimo de 25%, ante o seu nítido caráter assistencial, a todos os aposentados que comprovem ter necessidade de uma companhia permanente para realização de suas atividades diárias.

Palavras-chave: Aposentadoria; Acréscimo; Companhia; Permanente; Isonomia.

¹ Mestre em Direito Público e Professor Assistente na UFBA.

² Acadêmica de Direito na UFBA.

ABSTRACT:

The present article aims to study the legal treatment offered to all retired by Regime Geral da Previdência Social (RGPS) that need of a permanent assistance, according the 45th article to the law 8213/91 , and giving a right to a respective financial increase. The literal interpretation of this legal article could lead to the restriction of the additional solely for the invalidity pension holders, not applying for the beneficiaries by age. This exegesis, however, proves to be flagrantly mistaken and unfair, violating juridical principles that guide all state services, especially in the Social Security field. It complies defend an extensive interpretation of the rule, and so includes all retirees that are in the same situation justifying the need for state of the additional protection provided by the system. Stand out the incidence of the constitutional principles of equality and dignity of human person, besides the universality principles, especially in the social security scope. Then, the most adequate solution, based in Brazilian Legal System, would be a 25% concession to all retired that prove the necessity of a permanent companionship to achievement of your daily activities.

Keywords: Pension; Additional; Companionship; Permanent; Equality.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o Direito Previdenciário, mais especificamente no que tange a possibilidade de um entendimento e aplicação extensiva do Art. 45º da Lei 8.213 de 1991 para todas as modalidades de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social. Discute-se desde a literalidade do artigo em questão, como também se objetiva explicar a escolha de uma abordagem extensiva e não analógica, por exemplo. Além de perpassar pelas jurisprudências mais atuais sobre o assunto.

Trata-se de um tema relativamente novo e pouco trabalhado na seara previdenciária, apesar de estar progressivamente se destacando devido as recentes decisões. Considera-se uma matéria de extrema importância, pois este estudo é norteado pelos princípios constitucionais da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana, bem como pelo princípio previdenciário da Universalidade.

O que se objetiva defender neste trabalho é a igualdade entre os segurados, sem que haja critérios que privilegie um em detrimento do outro. A discriminação que traz prejuízo ao indivíduo não deve ser admitida em qualquer seara, principalmente no âmbito do Direito.

2. O TEXTO LITERAL DO ARTIGO 45 DA LEI 8.213/91

Dispõe o Art. 45ª da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991:

Art. 45º. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão. (BRASIL, 1991)

Do que consta no caput do dispositivo, os aposentados por invalidez cuja deficiência física ou mental se agrave de tal forma que os impeça de realizar, de modo autônomo e independente, as atividades básicas da sua rotina diária, necessitando, então, do auxílio permanente de outra pessoa, farão jus a um adicional de 25% (vinte e cinco por cento) no valor da aposentadoria.

Apesar de se tratar de benefício previdenciário, o respectivo acréscimo tem caráter nitidamente assistencial, razão pela qual se lhe admite o pagamento ainda que a aposentadoria esteja sendo paga no limite máximo previsto na legislação previdenciária, bem como sujeito a recálculo por ocasião de todos os reajustes periódicos.

O acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), por sua vez, não se estende à pensão por morte que eventualmente venha a decorrer do falecimento do aposentado, o que demonstra que a razão que justifica a sua concessão está em assegurar a assistência do aposentado inválido.

A leitura restritiva do texto legal leva a entender que tal acréscimo pecuniário somente se destina aos segurados aos quais se tenha concedido uma *aposentaria por invalidez*, não se aplicando o adicional às demais aposentadorias também concedidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Assim vem se posicionando a Autarquia Previdenciária ao denegar, com esteio no princípio da legalidade, o pagamento do acréscimo a titulares de aposentaria por idade, ainda quando estes venham a se tornar, com o avanço etário, carentes do auxílio permanente de terceiros.

Precedentes de alguns órgãos do Poder Judiciário também se apegaram à exegese literal do dispositivo legal que apenas estaria contemplando os beneficiários por aposentaria por invalidez.³ Esta, contudo, não parece ser a melhor interpretação do texto legal, o que tem levado o Judiciário a avançar no tema⁴ e, inclusive, ensejou a elaboração de um projeto de lei para melhor adequar a redação do dispositivo, conforme será visto nas linhas seguintes deste ensaio.

3 Destaque-se recente decisão proferida pela 20ª Vara Federal de Porto Alegre, que denegou pleito em ação coletiva intentada pelo MPF buscando obrigar o INSS a pagar o adicional a todos os aposentados e pensionistas que necessitam de cuidado permanente. Segundo o juiz federal substituto Carlos Felipe Komorowski, autor da decisão, o adicional deve ser exclusivo para os beneficiários do INSS por incapacidade, porquanto a lei foi clara ao determinar o pagamento de um valor diferenciado unicamente para os aposentados por invalidez, de modo que as necessidades dos demais beneficiários do INSS deveriam ser atendidas pelas políticas públicas nas áreas de saúde e assistência social. Disponível em: <http://www.cobap.org.br/capa/lenoticia.asp?ID=57285>. Acesso em : 27 maio 2014.

4 Já há notícia de que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acolheu pleito voltado ao pagamento do adicional de 25% aposentado por idade, que posteriormente se tornou inválido e passou a necessitar de auxílio permanente. Conforme decidiu o desembargador federal Rogério Favreto, o fato de a invalidez ser decorrente de episódio posterior à aposentadoria não pode excluir a proteção adicional ao segurado que passa a ser inválido e necessitante de auxílio de terceiro, como forma de garantir o direito à vida, à saúde e à dignidade humana. Aduziu que compreender de forma diversa seria criar uma situação absurda, exigindo que o cidadão peça a conversão ou transformação da sua condição de aposentado por idade e/ou tempo de contribuição por invalidez, com o objetivo posterior de pleitear o adicional de acompanhamento de terceiro. Disponível em: <http://www.diariodopoder.com.br/noticias/aposentado-consegue-aumento-de-25-por-precisar-de-cuidador/>. Acesso em: 27 maio 2014.

3. MÉTODOS TELEOLÓGICO E SISTEMÁTICO E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS

Ainda que sucintamente, convém traçar aqui alguns conceitos e distinções que servirão como premissas à conclusão que ora se busca sustentar.

A interpretação literal, por meio do método gramatical, já diziam os autores clássicos, nem sempre se revela como sendo a mais adequada, podendo dela vir a resultar, no processo de aplicação da regra legal emanada do texto, uma injustiça patente. A começar pelo fato de que o campo fático de significação dos termos empregados no texto costuma ser, no momento da elaboração legislativa, mais estreito do que aquele efetivamente pretendido com vistas à situação abstrata imaginada.

Tem-se preferido, por isso, lançar mão de métodos lógicos ou racionais que o condão de conduzir além do sentido literal do texto, tornando mais complexo o processo hermenêutico de interpretação/aplicação da norma jurídica. Como ensina Caio Mário da Silva Pereira (1991),

[...]nem sempre satisfará o manuseio do elemento gramatical. Então socorre-se o intérprete da chamada interpretação *lógica* ou *racional*. É já um processo mais complexo, tendo em vista mais do que a disposição na sua expressão vocabular, porém, na comparação com outras disposições existentes, na razão que ditou o preceito, na transformação por que passou o direito com a promulgação da lei, nas condições ambientes que a inspiraram. Pesquisa-se a *razão da norma*, e verifica-se o que se pretendeu obter com a sua votação. Leva o intérprete em conta não existir o dispositivo isolado, porém, articulado com outros dispositivos, e que a vontade legislativa não decorre do isolamento das emissões estanques, mas da conjugação dos princípios que se completam e se esclarecem. (Ibid, 1991, p. 139)

Acrescenta o jurista mineiro que, muito além do sentido literal, o intérprete deve atentar a diversos fatores racionais relacionados com o texto legal que busca aplicar, vale dizer,

[...]tem que indagar qual a sua *ratio*, isto é, o motivo ou causa determinante do dispositivo, o que lhe permite abarcar, no preceito, todo o fenômeno compreendido na mesma ordem racional; tem de perquirir a *occasio legis*, a saber, o momento

histórico do seu aparecimento, o subsídio para reconstrução da sua força; tem de isolar a expressão da vontade legislativa não no sentido da emissão volitiva do proponente, ou da exteriorização psíquica de uma pessoa, mas de uma vontade objetiva, da própria lei, encarada como entidade jurídica de existência autônoma. (Ibid)

Dentre tais métodos lógicos ou racionais de interpretação normativa, destacam-se os processos *teleológico* e *sistemático*.

Interpretação *teleológica* é aquela na qual prepondera o fim político buscado por meio do texto legislativo, ou seja, propõe-se a identificar o que a norma a ser dele extraída deve proteger ou evitar, de modo que a sua aplicação ocorra de maneira mais justa e razoável. Como bem disse Carlos Maximiliano (2011, p. 125), em obra clássica sobre hermenêutica jurídica, “o fim da norma jurídica não é constante, absoluto, eterno, único”.

De outro lado, é de se considerar ainda que a norma a ser aplicada em cada caso concreto não deve ser extraída a partir de uma única fonte normativa, cabendo sempre ter em mente que as regras previstas em textos de leis ordinárias, tal como é o caso da Lei 8.213/91, devem ter o seu âmbito de aplicação delineado por outras regras da mesma lei ou de lei diversa, e, sobretudo, com atenção aos princípios jurídicos, notadamente aqueles com assento constitucional, v.g. os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Decorre daí a opção - mais uma vez em detrimento do método gramatical e da interpretação literal - pelo método *sistemático*, que no dizer de Maximiliano (2011, p. 104) consiste “em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”. Deveras, cumpre imaginar o Direito como um sistema integrado, cuja interpretação sistemática não pode se restringir a um pedaço da lei. Fala-se em unicidade do sistema jurídico, uma interpretação coesa, coerente, em obediência aos seus princípios.

Aplicando-se o método sistemático,

[...]a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examina-se a norma na íntegra, e mais ainda: o direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor. (Ibid, p. 106)

Em outras palavras,

[...]aqui, o esforço hermenêutico impõe a fixação de princípios amplos, norteadores do sistema a que o interpretando pertence, e o seu entendimento em função dele. A interpretação sistemática é também um processo lógico, que opera em mais vasto campo de ação. Parte o intérprete do pressuposto de que uma lei não existe isolada, e por isso mesmo não pode ser entendida isoladamente. (PEREIRA, 1991, p. 139)

Por derradeiro, cabe também abordar o tema da interpretação extensiva, tanto no sentido de definir o seu conceito como, não menos importante, distingui-la de outra figura aplicativa do Direito e com ela muitas vezes confundida: a analogia.

Aponta a doutrina que a interpretação extensiva tem por objetivo retirar do texto normativo um entendimento que vá além do que esteja literalmente escrito. Ou seja, busca-se esmiuçar o texto, analisando-lhe nas entrelinhas, ampliando o campo fático acobertado pela norma e trazendo à tona aquilo que até então se tinha por implícito.

Valendo-se mais uma vez das preciosas lições de Carlos Maximiliano (2011, p. 163), tem-se que:

[...] nas palavras não está a lei e, sim, o arcabouço que envolve o espírito, o princípio nuclear, todo o conteúdo da norma. O legislador declara apenas um caso especial; porém a ideia básica deve ser aplicada na íntegra, em todas as hipóteses que na mesma cabem. Para alcançar esse objetivo, dilata-se o sentido ordinário do princípio amplo.

Não é coerente que o intérprete/aplicador do Direito fique restrito às previsões mais rasteiras ou óbvias acerca do que terá pensado o legislador no momento da elaboração do texto normativo, até porque este não poderia dispor de todos os elementos cognitivos que lhe permitissem enxergar à frente do seu tempo, de modo a prever todas as situações da dinâmica social que suscitariam a incidência da norma legal. Ademais,

[...]a impossibilidade de enquadrar em um complexo de preceitos rígidos todas as mutações da vida prática decorre também do fato de poderem sobreviver, em qualquer tempo, invenções e institutos não sonhados sequer pelo legislador. (Ibid, p. 170)

Enfim, cabe ao interprete do Direito ter bom senso e fazer os ajustes necessários para a adequada aplicação do texto legal diante das situações problemáticas que a dinâmica dos fatos produzir.

Nesse ponto, urge ressaltar que a interpretação extensiva por vezes é confundida com a técnica integrativa da analogia, consistindo esta em analisar a situação fática do caso concreto, e por meio de um *juízo empírico de semelhança* e de um *juízo de valor*, aplicar norma jurídica destinada a outra situação que daquela se aproxime. Em suma, a analogia é um mecanismo aplicativo utilizado para suprir lacunas do ordenamento escrito.

Segundo Carlos Maximiliano (2011, p. 171),

[...] funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na vontade presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes, neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito.

O tema será novamente abordado em tópico posterior deste estudo. Por ora, feitos os esclarecimentos iniciais acerca da complexidade do processo interpretativo do texto legal, para que se possa ir muito além do seu sentido literal, a argumentação seguirá sustentando que a adequada aplicação do multicitado Art. 45º da Lei 8.213/91 demanda o emprego de uma *interpretação extensiva* que leve em conta os referidos métodos teleológico e sistemático, havendo ainda quem prefira recorrer à *analogia* ou, ainda, a técnica de *indução amplificadora* que conduza a um princípio geral para a resolução do problema.

4. FINALIDADE DO ART. 45º DA LEI 8.213/91 E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NA SUA INTERPRETAÇÃO

Da leitura do Art.45º da Lei 8.213/91, em que pese à alusão textual à “aposentadoria por invalidez”, percebe-se que o objetivo do legislador foi assegurar a assistência ao aposentado no difícil momento da vida em que não consegue mais realizar, de maneira independente, as suas atividades cotidianas. A majoração do valor da aposentadoria, nesse caso, visa garantir uma condição financeira que possa subsidiar a companhia permanente de outra pessoa em seu auxílio.

Partindo da premissa de que o objetivo da lei foi garantir maior conforto ao aposentado cuja invalidez progrediu a ponto de impedir a autonomia nos cuidados necessários à sua rotina de vida, é de se perguntar se tal situação apenas se aplica àqueles que, quando da aposentadoria, já estavam inválidos, ou se deve também alcançar os que, mesmo já tendo se aposentado por idade, venham posteriormente a apresentar um quadro de saúde equivalente a tal agravamento de invalidez. Vale dizer, uma situação que, se na ativa ainda estivesse o segurado, daria azo à obtenção de uma aposentadoria por invalidez. Aliás, ainda mais do que isso, uma situação que permitiria até mesmo a conversão da aposentadoria por idade numa aposentadoria por invalidez, não obstante seja mais comum ocorrer o contrário.

São questionamentos intrigantes sobre os quais se deve refletir, o que não tem passado despercebido tanto em estudos doutrinários quanto pela jurisprudência:

Qual a diferença entre o aposentado por invalidez que necessita de auxílio permanente de outra pessoa e do aposentado por qualquer outra das modalidades de aposentadoria previstas, que sofra de uma doença supervenientemente diagnosticada (ex. “Mal de Alzheimer” ou “Mal de Parkinson”), e que venha a necessitar do mesmo auxílio permanente? (RODRIGUES, 1991)

Então, pergunta-se: qual o fundamento, de ordem lógica ou jurídica, a garantir o acréscimo àquele segurado que se aposentou por incapacidade e passou a necessitar de auxílio permanente de terceiro e negá-lo àqueloutro que, após contribuir por toda a sua vida para a previdência, preencheu os requisitos legais para outro tipo de aposentadoria e, posteriormente, tornou-se incapaz e dependente da assistência de outrem?⁵

Se por um lado, ao tratar do agravamento do quadro de invalidez, o legislador omitiu-se acerca da situação daqueles que vierem a se tornar inválidos após a aposentadoria por idade, por outro lado não parece haver vedado peremptoriamente o acréscimo de 25% em tal caso. Daí ser imprescindível que se busque uma interpretação do dispositivo legal em conformidade com a Constituição.

Pois bem, princípios constitucionais não de incidir necessariamente na espécie, notadamente os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

⁵ TRU do Espírito Santo, processo n. 0001419-66.2005.4.02.5051, Rel. Juiz Federal Américo Bedê Freire Júnior, julg. 11 maio 2012.

O princípio da isonomia, extraído explicitamente da Carta Magna de 1988, impõe o tratamento igualitário de todos os segurados da previdência social, não admitindo qualquer política discriminatória ou seletiva. Vale dizer, “é um postulado básico da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição.”. (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 676)

Na esteira de pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 10)

[...]a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-idealógico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo o modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

O vetor normativo da isonomia há de ser levado em conta tanto como fonte de inspiração ao legislador, ainda durante no processo elaborador dos textos legais (natureza normogenética dos princípios⁶), quanto posteriormente na sua interpretação/aplicação. Sob esse último aspecto, cabe, então, ao INSS o aplicar o Direito Previdenciário de maneira fiel ao que preconiza o princípio igualitário.

Reforçando o princípio da isonomia especificamente no campo previdenciário, o legislador constitucional cuidou ainda de proibir a adoção de critérios diferenciados para os aposentados, como se infere do Art. 201º, §1º da Carta Magna de 1988, *in verbis*:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (BRASIL, 1988)

Noutro giro, cumpre sobrelevar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua peculiar importância aplicativa no campo do direito previdenciário, justamente por se tratar de setor jurídico voltado a cobrir

⁶ Como decorrência de sua natureza normogenética, no dizer de J. J. Gomes Canotilho (2012, p. 1144-1145), tem-se que “os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”.

delicadas e trágicas situações de enfermidades ou infortúnios, os quais podem afetar sobremaneira não apenas o modo de vida digno dos indivíduos como agravar ainda mais a desigualdade social.

Felizmente a jurisprudência pátria já vem atentando para a incidência dos princípios constitucionais enfocados, no que concerne a afastar a interpretação literal do Art. 45º da Lei 8.213/91, optando-se por uma exegese extensiva mais afinada com os ditames constitucionais. (BRASIL, 1991)

Confira-se a respeito o seguinte trecho de ementa:

A aplicação restrita do dispositivo legal em debate acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, posto que estaria se tratando iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental.⁷

⁷ TRF da 4ª Região, AP n. 0017373-51.2012.404.9999/RS, rel. Des. Federal Rogério Favreto, julg. 28.08.2013.

5. O CARÁTER ASSISTENCIAL DO ACRÉSCIMO DE 25% E A UNIVERSALIDADE DA COBERTURA

Não obstante se trate de vantagem assegurada no bojo de uma relação jurídica previdenciária - eis que o direito à aposentadoria demanda prévia qualidade de segurado e preenchimento do prazo legal de carência - o acréscimo pecuniário previsto no Art. 45º da Lei 8.213/91 possui nítida natureza assistencial, de modo que cabe ao Estado garantir o seu pagamento a todos os que se enquadram na situação fática contemplada pela norma. (BRASIL, 1991)

Poder-se-ia dizer, naturalmente, que até mesmo os benefícios assistenciais - em sua maioria previstos em lei específica da assistência social (Lei 8.742/93) - demandam o preenchimento de certos requisitos objetivos para a sua concessão. (BRASIL, 1993) Todavia, é de se ter atenção que, em se tratando de política assistencial, cujo fundamento reside precipuamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, os elementos fáticos descritos pelo ordenamento não de levar em conta o quadro de carência do assistido e não eventual relação jurídica de natureza especial que porventura detenha com o Estado. Em outras palavras, para se fazer jus a um benefício assistencial, basta ser digno de tal assistência, e essa dignidade há de se garantir a qualquer cidadão que preencha os requisitos objetivos de necessidade enumerados na lei.

É o que assegura o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, que constitui um dos objetivos da seguridade social, *ex vi* do Art. 194º, p. único, I, da nossa Lei Fundamental. E esse princípio constitucional, assim como os da isonomia e da dignidade da pessoa humana, foram expressamente enunciados pelo legislador no Art. 4º Lei 8.742/1993, que assim dispõe:

A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: [...]II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; [...]. (BRASIL, 1993)

Reconhecido, pois, o caráter assistencial do acréscimo, não incide no caso a regra proibitiva emanada do Art. 195º, § 5º da CF/88 (“Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem correspondente fonte de custeio total”). (BRASIL, 1988) De fato, não se tratando de novo benefício, desnecessário exigir criação de nova fonte de custeio.

Transcreva-se a conclusão de julgado tratando do tema nesse mesmo sentido:

Por todo o exposto, razoável concluir que o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) constitui prestação de natureza assistencial, já que sua concessão independe de contribuição previdenciária direta por parte do segurado e, portanto, seu custeio é financiado por toda a sociedade e pelo poder público. (...) Por outro lado, não merece acatamento a alegação de que a aplicação extensiva (ou analógica, para alguns) do art. 45 da Lei n.º 8.231/91 representaria a criação de “novo” benefício sem a correspondente fonte de custeio. À evidência, não se trata de novo benefício, destituído de previsão normativa, mas, tão somente, da aplicação da proteção especificamente prescrita em lei a situações idênticas àquela expressamente lançada na legislação. Mas ainda que não fosse. Invocar o princípio da precedência do custeio como obstáculo para uma atuação judicial que reconheça direitos previdenciários para além daqueles textualmente previstos em lei amesquinha de modo inaceitável a função jurisdicional, na medida em que limita o juiz a um ato mecânico de aplicação/reprodução do texto legal. A jurisprudência previdenciária, tradicionalmente, afasta este falacioso impedimento e reconhece um importante papel do magistrado previdenciário na tarefa de aperfeiçoamento do sistema normativo de proteção social.⁸

⁸ TRU do Espírito Santo, processo n. 0001419-66.2005.4.02.5051, rel. Juiz Federal Américo Bedê Freire Júnior, julg. 11.05.2012.

6. A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART.45 DA LEI 8.213/91

Como anunciado em tópico anterior, defende-se aqui que a solução seja dada por meio da *interpretação extensiva* do texto do Art. 45º da Lei 8.213/91, ainda que alguns juristas prefiram lançar mão de outras técnicas integrativas tais como a *analogia* ou a *indução amplificadora*. (BRASIL, 1991)

Em que pese ser muito abordado em disciplinas jurídicas que pressupõe um sistema de legalidade fechada (v.g o direito penal e o direito tributário) e ainda que, em teoria, seja relativamente fácil a fixação de suas balizas, o tema da distinção entre *interpretação extensiva*, *analogia* e *indução amplificadora* parece não oferecer um método seguro e objetivo para a resolução, de variados casos concretos. Consoante salienta Tércio Sampaio Ferraz Jr.(2001), ao tratar de tais figuras integrativas,

[...] em tese, discriminá-las parece simples. Na interpretação extensiva, partimos de uma norma e a estendemos a casos que estão compreendidos implicitamente em sua letra ou explicitamente em seu espírito. Na analogia e na indução amplificada, o caso é omissivo, tanto na letra, quanto no espírito de qualquer norma do ordenamento. Apesar da simplicidade, como vimos, a distinção traz dificuldades.

No que concerne aos fins do presente estudo - voltado, como dito, para a adequada interpretação do Art. 45º da Lei 8.213/91 -, opta-se pela noção de *interpretação extensiva*. Para tanto, cumpre recorrer aos ensinamentos da chamada "hermenêutica normativo-estruturante", segundo a qual, partindo das ideias de Heidegger e Gadamer, a interpretação do texto jurídico não se dá apenas no plano abstrato, mas, sempre, em atenção aos fatos concretos que atraem a incidência da regra dele extraída⁹, um pedaço de realidade designado por Friedrich Müller como o *domínio da norma*.¹⁰

9 "Formulado e desenvolvido em plena vigência das idéias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer - lembre-se que, para Gadamer, interpretar sempre foi, também, aplicar e que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, na sua aplicação -, o método normativo-estruturante parte da premissa de que existe uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo especial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus propósitos normalizadores". (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 106)

10 "O texto normativo - diz Müller, é uma fração da norma, aquela parte absorvida pela linguagem jurídica, porém não é a norma. Pois a norma jurídica não se reduz à linguagem jurídica. A norma congrega todos os elementos que compõem o âmbito normativo (= elementos e situações do mundo da vida sobre os quais recai determinada norma) (...) O âmbito da norma não congrega (imediatamente) à totalidade dos fatos; ele se manifesta quando um programa de interpretação é praticado (pelo intérprete), visando à aplicação de normas jurídicas; então, tendo em vista o fato concreto, emergem naquele âmbito relevantes estruturas sociais básicas que irão delinear o seu universo". (GRAU, 2006, p. 78).

Vale dizer, não obstante a omissão do legislador na redação do dispositivo legal, a aparente lacuna pode ser suprida lançando-se mão de uma adequada interpretação extensiva que, partindo da *ratio* da norma a ser extraída, amplie o seu campo de aplicação para abarcar situações que à primeira vista (no sentido literal do texto) não estariam acobertadas.

Ainda à míngua de um texto normativo mais explícito, esta tem sido a solução apontada pela jurisprudência majoritária, que vem aplicando o Art.45º da Lei 8.213/91 no sentido de acobertar todos os aposentados (não apenas os titulares de aposentadorias por invalidez) que, em razão de limitação física ou mental (na maioria das vezes em decorrência do próprio avanço da idade), não possam praticar os atos da sua rotina diária sem o auxílio permanente de terceiro. (BRASIL, 1991)

Em julgamento já mencionado anteriormente, o TRF da 4ª Região assim se manifestou:

Nesse quadro, associando-me à compreensão de que, na aplicação das normas legais, só pode ser buscado o seu *fin social* quando passível de mais de uma interpretação, hipótese em que o magistrado deverá optar pela que mais satisfaz a finalidade da norma e concretize os direitos sociais. E, no plano previdenciário, o papel do julgador reveste-se de maior compromisso com a realidade social, não devendo seguir de frente baixa o que textualmente diz a legislação, mas utilizar o seu poder-dever de constituir a norma para o caso concreto, dentro do espaço de construção jurisprudencial pautada pela equidade, na tarefa de aperfeiçoamento do sistema de proteção social, com base na igualdade e viabilização de meios de subsistência do segurado. Da mesma forma, o preenchimento de lacuna pode ser solvido com a aplicação dos princípios gerais da isonomia, igualdade e combate à discriminação à pessoa deficiente, previstos nas convenções internacionais reconhecidas pelo Brasil, como forma de garantir dignidade à pessoa humana. (...) Por fim, ressalvo que a aplicação extensiva deve ser adotada em situações especiais, como caso em tela, onde está incontroversa a condição de inválido do recorrente, pela comprovação do tratamento ortopédico e a exigência de ajuda de terceiros. Nestes termos, merece reforma a sentença a fim de condenar o INSS ao pagamento do acréscimo de 25% a contar da data em que requerido administrativamente [...].¹¹

11 TRF da 4ª Região, AP n. 0017373-51.2012.404.9999/RS, rel. Des. Federal Rogério Favreto, julg. 28.08.2013.

Cite-se, ainda, o posicionamento da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 2ª Região (Justiça Federal), no sentido de que a incidência do Art. 45º da Lei 8.213 não deve ficar restrita apenas aos casos de aposentadoria por invalidez:

Trata-se de Pedido de Uniformização de Jurisprudência formulado em face de acórdão emanado da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da SJES, tendo em vista a divergência apurada entre o referido provimento e a orientação consolidada em julgado oriundo da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da SJRJ nos autos do Processo n.º 2006.51.68.000417-8/01, no tocante à (in)aplicabilidade do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no Art.º 45 da Lei n.º 8.213/91 aos benefícios de aposentadoria por idade. [...] Acordam os Juízes votantes da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 2ª Região da Justiça Federal, por unanimidade, conhecer do incidente de uniformização de jurisprudência e, por maioria, negar-lhe provimento, para que seja assentado por esta Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência o entendimento pela aplicabilidade do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no Art. 45º da Lei n.º 8.213/91 às demais espécies aposentadorias (idade e tempo de contribuição), não sendo viável sua restrição ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do voto do relator, que passa a integrar o presente julgado.¹²

Esta também a interpretação da Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina, apesar de o fundamento jurídico, neste caso, haver se centrado na analogia:

Ocorre que se afigura possível a *aplicação analógica* do acréscimo previsto no art. 45, da LBPS para as aposentadorias por idade ou tempo de serviço, desde que cumpridos estes requisitos: a) comprovação da *incapacidade definitiva*, que justificaria a concessão da aposentadoria por invalidez, caso o beneficiário já não estivesse aposentado; e b) a necessidade de

¹² TRU do Espírito Santo, processo n. 0001419-66.2005.4.02.5051, rel. Juiz Federal Américo Bedê Freire Júnior, julg. 11.05.2012.

assistência permanente de outra pessoa. A possibilidade da aplicação analógica do art. 45 da LBPS à espécie decorre, sobretudo, do fato de *a lei não exigir que a ajuda de terceiros seja necessária desde o início da incapacidade*. Assim, se alguém que se aposentou por incapacidade e posteriormente passou a necessitar da ajuda permanente de terceiro faz jus ao benefício, *com maior razão* é de se assegurar tal benefício àquele que, após contribuir por toda a sua vida para a previdência, preencheu os requisitos legais para a aposentadoria e, posteriormente, se tornou definitivamente incapaz e passou a necessitar da ajuda permanente de terceiro. Esses requisitos foram devidamente comprovados no caso dos autos. (...) Ante o exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, para condenar o INSS a acrescer ao valor da aposentadoria percebida pela parte autora o percentual estabelecido no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a partir da competência fevereiro de 2007, nos termos da fundamentação.¹³

13 TR/SJSC. Recurso Inominado 2007.72.59.000245-5, rel. Juiz Federal Andrei Pitten Velloso.

7 PROJETO DE LEI TRATANDO DO TEMA

Por derradeiro, cumpre destacar que, dada a importância em se assegurar maior efetividade aos direitos previdenciários e a necessidade de atualização da respectiva legislação para dirimir dúvidas surgidas na dinâmica da sua aplicação aos casos concretos, foi aberto um processo legislativo no sentido de se adequar a redação do Art.45º da Lei 8.213/91, fazendo nele constar *explicitamente* o entendimento ora esposado e que, como dito, já encontra lastro sólido na jurisprudência dominante. (BRASIL, 1991)

Trata-se do Projeto de Lei do Senado 493/2011, proposto pelo Senador Paulo Paim e ainda em tramitação, cujo texto, já aprovado no Senado, foi remetido a Câmara de Deputados, onde recebeu o número 4.282/2012. Dito projeto de lei traz uma alteração no texto do Art. 45º da Lei 8.213, estendendo o direito ao acréscimo de 25% para todas as modalidades de aposentadoria, com a seguinte redação:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e da aposentadoria especial do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, por razões decorrentes de doença ou deficiência física, será acrescido de vinte e cinco por cento. (BRASIL, 2011)

Saliente-se que, não obstante ainda esteja em fase de tramitação, a amplitude do direito contemplada no projeto já existe no ordenamento jurídico vigente e deve ser extraída da ainda atual redação do Art.45º da Lei 8.213/91, mediante interpretação extensiva a que se aludiu no decorrer deste estudo. Vale dizer, o que se pretende, por meio do projeto, é apenas tornar *explícito* em sua letra algo que o dispositivo legal já traz *implícito*. (BRASIL, 1991)

Isto porque, parafraseando Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001, p. 303), cabe ao intérprete e aplicador do Direito estar sempre atento a identificar aquilo que, por estar implícito na letra da lei, decorre do que está explícito no espírito da lei.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda explanação, conclui-se que se deve garantir a qualquer aposentado, que necessite de companhia permanente, o direito ao acréscimo de vinte e cinco por cento, no valor da aposentadoria, tal como previsto no Art. 45º da Lei 8.213/91. (BRASIL, 1991)

A interpretação meramente literal de tal dispositivo viola os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que devem sempre nortear todos os serviços estatais, sobretudo na área da previdência social.

O referido preceito legal desafia interpretação extensiva que abarque todos os aposentados que se encontrem na mesma situação de necessidade justificadora da proteção adicional conferida pelo ordenamento.

O acréscimo de 25%, assegurado pela norma previdenciária, detém nítido caráter assistencial, sendo devido a todos os aposentados que comprovem ter necessidade de uma companhia permanente para realização das atividades de sua rotina diária.

Este entendimento extensivo levou à elaboração de projeto de lei do Senado (493/2011), já aprovado e remetido a Câmara de Deputados (4.282/2012), cuja aprovação definitiva, todavia, apenas tornará explícito aquilo que já se tem implícito na letra da lei. (BRASIL, 2011)

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Presidência da Republica. Lei 8.213/91*. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 13 dez. 2014.

BRASIL. *Presidência da Republica. Lei 8.742/93*. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 13 dez. 2014.

BRASIL. *Presidência da Republica. Projeto de Lei do Senado 493/201*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 13 dez. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 dez. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RODRIGUES, Maurício Pallota. *Da natureza assistencial do acréscimo de 25% previsto no Artigo 45º da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <<http://direitonapratica.com.br/sites/default/files//apoio/Artigo%20-%20acrescimo%20de%2025.pdf>> Acesso em: 29 maio 2014.

ação rescisória, causa de pedir e competência: vícios perpetrados por órgãos distintos no mesmo processo de conhecimento

Eduardo da Silva Villas-Bôas¹

RESUMO

O presente estudo volta-se ao exame da competência para julgamento de ações rescisórias calcadas no art. 485, V, do CPC, quando algumas das afrontas legais ocorridas no processo de conhecimento tiverem sido perpetradas pelo TRF ou TJ; e outras, pelo STJ ou STF, no julgamento de Recursos Especiais ou Extraordinários. Expõe-se a controvérsia sobre qual seria o órgão com atribuição para apreciar esses vícios; apresentam-se os riscos atinentes à perda do prazo decadencial bienal; e, ao fim, propõe-se como solução processual mais eficaz o ajuizamento de duas ações rescisórias distintas – uma reunindo os vícios atinentes ao Tribunal inferior e outra abordando as afrontas legais referentes à Corte superior. Demonstra-se, ainda, com base em considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória e sobre a natureza jurídica desse instituto processual, a plena viabilidade do manejo de duas ações rescisórias pela mesma parte, em face da mesma coisa julgada, desde que por diferentes violações à lei, sem que se possa falar em litispendência ou em preclusão consumativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil, ação rescisória, causa de pedir, competência, litispendência.

¹ O autor é Procurador da República (MPF/BA), Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Anteriormente, foi Advogado da União com atuação na Procuradoria-Geral da União, perante o Superior Tribunal de Justiça, e na Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde.

ABSTRACT

This study analyzes the responsibility for judging rescission actions based in the art. 485 V, the CPC, when some of the outrages occurred in the legal process of knowledge have been perpetrated by the TRF or TJ, and others, by the STF or STJ, in Extraordinary or Special Features. It explains the controversy over what is the Court with attribution to examine these vices; shows the risks related to loss of preclusive biennial period and, at the end, it is proposed as a solution more effective procedural filing of two separate rescission actions – one of them gathering the vices related to the TRF or TJ, and the other gathering the vices related to the STF or STJ. It is also shown, based on considerations about the cause of action in the rescission action and the nature of this institute legal proceedings, the full viability of the management of two rescission actions by the same party, given the same *res judicata*, provided by different violations of the law, without being able to speak of *lis pendens* or *estoppel*.

KEY WORDS: Civil Procedural Law, rescission action, cause of action, competence, *lis pendens*

1. INTRODUÇÃO

A ação rescisória é um dos institutos mais técnicos do ordenamento jurídico-processual moderno. Seja pela causa de pedir vinculada, pelas peculiaridades atinentes à competência ou pelo prazo peremptório, cuida-se de demanda na qual a falha do operador do Direito representa, diversas vezes, a perda definitiva da oportunidade de corrigir a res judicata, com prejuízos irreversíveis para o direito material tutelado.

Nesse contexto, o presente estudo se volta à análise de uma relevante controvérsia quanto à competência para julgamento de rescisórias calcadas no Art. 485º, V, do Código de Processo Civil, quando os vícios arguidos para lastrear o pedido rescisório tiverem sido perpetrados por órgãos jurisdicionais distintos, no processo de conhecimento.

Como sabido, a definição do Tribunal competente para apreciar as ações desconstitutivas de coisas julgadas por violação a literal dispositivo de lei variará conforme o Juízo que afrontou o ordenamento jurídico no processo originário. Se o órgão responsável pela violação à lei foi o Juízo de Primeiro Grau ou um Tribunal inferior, será do mencionado Tribunal a competência para a análise da rescisória. Se, por outro lado, a violação à lei tiver sido empreendida por um Tribunal superior, será ele o responsável pelo *judicium rescindens*.

Entretanto, a prática forense demonstra que podem surgir coisas julgadas com várias afrontas à lei, sendo que somente algumas delas foram perpetradas pelo Juiz de Primeiro Grau ou pelo Tribunal de base, enquanto as outras advieram da atuação do Tribunal superior.

Suponha-se, por exemplo, uma sentença com dois capítulos distintos, em que cada um deles contém vícios, e ambos foram confirmados pelo Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação. A parte sucumbente, então, interpõe Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça ou Recurso Extraordinário para Supremo Tribunal Federal, apenas tratando do segundo capítulo da sentença (não do primeiro), e o Tribunal superior, ao adentrar o mérito da causa, nega provimento ao apelo.

Ao pretender a desconstituição dessa coisa julgada, é necessário ter em mente que o vício constante em um dos capítulos foi analisado somente pelo Juízo de Primeiro Grau e pelo Tribunal inferior (o que conduziria à conclusão de que a competência para julgamento da rescisória é desse Tribunal), porém o vício atinente ao outro capítulo foi perpetrado pelo Tribunal superior (o que atrai para essa Corte o exame da demanda desconstitutiva quanto a esse tema).

Exsurgem, então, inúmeros questionamentos: deverá ser ajuizada uma rescisória com base em ambos os vícios perante o Tribunal superior (entendendo-se uma espécie de atração por conexão, apesar de se tratar de competência funcional vertical e, portanto, absoluta)? Dever-se-á, ao contrário, ajuizar uma rescisória perante o Tribunal inferior, tratando apenas do vício ali perpetrado, e outra perante o Tribunal superior, versando sobre o vício que lhe toca? Seria tecnicamente possível o ajuizamento de duas rescisórias pela mesma parte, buscando a desconstituição da coisa julgada, com base em vícios distintos? Não haveria preclusão consumativa com o ajuizamento da primeira demanda ou litispendência entre elas?

É o que se passa a examinar.

2. COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DE AÇÕES RESCISÓRIAS QUE ARGUEM VÍCIOS PERPETRADOS POR ÓRGÃOS JURISDICIONAIS DISTINTOS NO MESMO PROCESSO DE CONHECIMENTO: CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL E SÚMULAS 249 E 515 DO STF.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, compete a cada Tribunal julgar as ações rescisórias de seus julgados; e, no caso dos Tribunais inferiores, também as referentes aos julgados dos juízes de primeiro grau. Especificamente no que se refere às demandas calcadas no Art. 485º, V, do Código de Processo Civil (ações rescisórias por violação a literal dispositivo de lei), observam-se duas clássicas súmulas do Supremo Tribunal Federal, que dão concreção ao preceito constitucional: as Súmulas 249 e 515/ STF.

Súmula nº 249: É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida. (BRASIL, 1964) (grifo nosso)

Súmula nº 515: A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório. (BRASIL, 1969) (grifo nosso)

Conforme se depreende desses verbetes, a competência para apreciar

pedidos rescisórios atinentes a questões federais não suscitadas no Recurso Especial (ou questões constitucionais não veiculadas no Recurso Extraordinário) não seria, em princípio, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, mas sim do Tribunal Regional Federal ou do Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, verificam-se, inclusive, recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010), como se observa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO PEDIDO, POR MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DESOBRIGOU OS AGRAVADOS DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS - ITBI - PELO SISTEMA DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. LEI MUNICIPAL PAULISTA N. 11.154/91. (...) 3. A competência rescisória deste Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ação rescisória restringe-se aos casos em que ela é ajuizada contra os seus próprios julgados. A pretensão rescindenda deveria ter sido interposta contra o julgado do Tribunal Estadual Paulista. Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (BRASIL, 1969)

No caso acima, o STF havia conhecido e julgado o Recurso Extraordinário examinando a *inconstitucionalidade da cobrança de um tributo*, concluindo pelo deferimento do pedido do Autor da ação originária quanto ao não pagamento da exação. Então, o Réu manejou rescisória suscitando existência de coisa julgada anterior, e o STF afirmou que essa rescisória deveria ter sido ajuizada perante o Tribunal de Segundo Grau, pois a questão jurídica da existência ou não de coisa julgada era questão distinta da examinada pelo STF no julgamento do RE no processo de conhecimento.

Apenas para ilustrar, confira-se outro exemplo clássico do entendimento do Pretório Excelso no exame da AR 1175, em 1984. Nesse caso, tratava-se de ação ordinária sobre indenização, e o Recurso Extraordinário da parte foi conhecido, tendo o STF adentrado o mérito no que tange à referida indenização, especificamente quanto aos juros de mora e à correção monetária (matérias federais que, à época, ainda pertenciam à competência daquela Corte). Posteriormente, o Réu manejou rescisória alegando dolo e violação a lei quanto à citação; e o STF afirmou que não seria competente para julgamento do pleito rescisório, pois, embora houvesse adentrado o mérito da causa no exame do RE, as questões federais examinadas (leia-se: as teses jurídicas discutidas) na

rescisória eram distintas das apreciadas no julgamento do mencionado RE.

Nessa linha tem se manifestado – também mediante recentes precedentes – a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, como se verifica:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REQUERIMENTO DE APRECIÇÃO DE QUESTÃO PROCESSUAL INCIDENTAL, PREJUDICIAL AO EXAME DE MÉRITO. CABIMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 515/STF. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL DE ORIGEM DIANTE DE PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL NESSE SENTIDO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. [...]

4. Assim, a admissão da rescisória por este Tribunal somente seria cabível acaso houvesse discussão acerca das matérias de mérito sobre as quais se manifestou nos autos da ação originária, porquanto o STJ não tem competência para processar e julgar ação rescisória de julgado proferido por outro Tribunal. Nesse sentido, é o enunciado 515 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”. [...]

6. Na presente rescisória, o autor alegou, para demonstrar o cabimento da ação pelos incisos V e VI, do art. 485 do CPC, que a decisão judicial atacada violou literalmente o disposto no art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41, visto que a fixação da verba indenizatória considerou tão-somente a prova pericial “extremamente frágil e falsa”, que não considerou “a realidade mercadológica com os parâmetros traçados na legislação” (fl. 10). Postulou, ao final, a procedência do pedido, a fim de que seja rescindido o acórdão atacado para que, em novo julgamento, “seja determinada a realização de nova perícia para fixação do valor justo da indenização, excluída a imposição dos juros compensatórios e revistos os demais consectários, antes da incorporação do imóvel ao patrimônio público”. No entanto, nas razões do recurso especial e no acórdão proferido pela Primeira Turma desta Corte, que ora se pretende desconstituir, não há qualquer referência à licitude do laudo pericial e ao montante a ser pago pelo Estado de São Paulo a título de indenização pela desapropriação do imóvel. Isto porque as matérias submetidas

a julgamento por esta Corte se restringiram à ocorrência de violação do disposto no art. 535 do CPC, bem como ao termo inicial da contagem de juros compensatórios e moratórios.

7. Ao que se observa, embora a rescisória tenha sido proposta perante o Superior Tribunal de Justiça com o propósito de desconstituir o acórdão proferido no Recurso Especial n. 132.564/SP, pretende-se, na verdade, a desconstituição do aresto oriundo da Corte Paulista, prolatado nos autos da Apelação Cível n. 009.853-5/6, que permanece intacto no pertinente à adoção da prova pericial e ao do montante fixado a título de indenização. Logo, conclui-se que este Tribunal não é competente para processar e julgar a presente rescisória, mas sim o Tribunal a quo, que expediu a última decisão de mérito sobre a pretensão da demandante (art. 485, caput, do CPC).

8. Impõe-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para apreciação do pedido contra o julgamento por ele lançado, diante da solicitação expressa na petição inicial de declinação da competência àquela Corte Estadual na hipótese de incompetência deste Tribunal.[...]

10. Agravo regimental provido, para reconhecer a incompetência absoluta do Superior Tribunal de Justiça, e declinar da competência para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. [...]. (AR 2.711/SP, 2010)

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO RESCISÓRIA DOS FUNDISTAS - PRETENDIDA RESCISÃO DE JULGADO DESTE SODALÍCIO - MATÉRIA AGITADA NA DEMANDA RESCISÓRIA QUE NÃO FOI EXAMINADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 515 DO STF - INDEFERIMENTO LIMINAR DA AÇÃO.

À evidência, a matéria trazida na presente rescisória é estranha àquela decidida por este Sodalício, razão por que incabível sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. O raciocínio ora expendido se amolda à jurisprudência do Excelso Pretório, cristalizada na Súmula n. 515 que prevê: "A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório". (...). (AR 3.162/SC, 2004)

[Vide excerto do voto condutor na mencionada AR 3.162/SC]:

“A propósito, essa Corte Superior de Justiça nem sequer se poderia pronunciar sobre a matéria agitada pelos autores na presente rescisória, pois, em verdade, somente a CEF apresentou recurso especial”.

AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. VALOR INDENIZATÓRIO. DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO. DECISÃO DIVERSA DA SUSCITADA NO PEDIDO RESCISÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 515/STF.

1. Ação Rescisória de julgado proferido em ação desapropriatória indireta.
2. O Superior Tribunal de Justiça apreciou o mérito da demanda (embora o fazendo apenas em relação aos juros compensatórios, que integram a indenização), ao passo que o tema do quantum indenizatório (principal), embora não tenha sido objeto de conhecimento nesta Corte, ventilou a questão federal.
3. Nos termos da Súmula nº 515/STF, não pode este Tribunal Superior, em sede de ação rescisória, desconstituir acórdão no qual proferiu decisão diversa daquela que foi suscitada no pedido rescisório.
4. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça para apreciar e julgar a ação, com a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o competente. [...]. (AR 910/SP, 2000)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. [...]

4. É da competência deste Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ações rescisórias que veiculem ao menos um dos aspectos do litígio que foram efetivamente enfrentados no âmbito do recurso especial. Contudo, caso a decisão prolatada no recurso especial, ainda que meritória, somente diga respeito a um ou mais aspectos da lide diversos daquele articulado na ação rescisória - como na espécie -, a competência pertence ao Tribunal a quo. Inteligência da Súmula 515/STF. [...]. (REsp 905.738/SE, 2009)

À luz desses precisos julgados, já se pode concluir que, se a coisa julgada impugnada contiver apenas vícios que não foram expressamente tratados pelo STJ (em Recurso Especial) ou pelo STF (em Recurso Extraordinário), a competência para apreciação do pleito rescisório será do Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, ainda que o Tribunal superior tenha adentrado o mérito da causa no julgamento do RE ou REsp, examinando discussão jurídica distinta da levantada pela rescisória.

Na mesma linha, se a coisa julgada contiver apenas o vício relativo a uma discussão que *foi examinada* pelo STF ou STJ, não há dúvidas: o competente para o julgamento do pleito rescisório com base nesta causa de pedir é o Tribunal superior.

A notável perplexidade quanto à competência está nas hipóteses em que a coisa julgada apresenta tanto vícios rescisórios atinentes a questões jurídicas examinadas pela Corte superior (em RE ou REsp), como também outros vícios rescisórios atinentes a questões outras, não examinadas pelo Tribunal de superposição no julgamento do Recurso Especial ou Extraordinário interposto no processo de conhecimento originário.

Nas raras oportunidades em que a Jurisprudência se deparou com situação como esta, levantaram-se duas possibilidades distintas:

a) De um lado, cogitou-se que a competência do STF ou do STJ para apreciar o pleito rescisório de sua competência (ou seja, o que se refere a discussões travadas no RE ou REsp) se prorrogaria para apreciar também os pleitos rescisórios que, originalmente, seriam da competência do TRF ou TJ (por não se referirem a discussões empreendidas no RE ou REsp). A vantagem dessa solução está na maior celeridade e na maior praticidade. O Tribunal superior abordaria, de logo, todos os vícios atinentes à causa, evitando que dois Juízos se debrucem sobre a mesma coisa julgada. A dificuldade técnica, entretanto, está no fato de que a competência para julgamento de rescisória é absoluta (competência em razão da matéria, para alguns, ou competência funcional vertical, para outros), e competência absoluta não se prorroga;

b) De outro lado, cogitou-se que, como a competência absoluta não se prorroga, o STJ ou STF somente poderia conhecer da rescisória no que tange aos pleitos rescisórios de sua competência (ou seja, no que tange às questões jurídicas expressamente examinadas no julgamento do REsp ou do RE no processo originário); e os demais pleitos seriam desconsiderados, cabendo ao Autor da Rescisória ajuizar outra ação perante o TRF ou TJ, caso ainda houvesse prazo bienal para tanto. Note-se que, em prevalecendo esse entendimento, e tendo sido todos os pleitos rescisórios cumulados em uma única ação, não se pode remeter ao Juízo competente apenas *parte de uma ação*: resta apenas

apreciar o pedido para o qual o Tribunal tem competência e não conhecer dos outros, para que o Autor proponha nova ação no Juízo próprio. Aplicar-se-ia, por analogia, a Súmula 170 do STJ: “Compete ao juízo onde for intentada a ação de acumulação de pedidos, trabalhistas e estatutários, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio”. (BRASIL, 1996)

3. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E RISCO DA INCOMPETÊNCIA: EXAURIMENTO DO PRAZO DECADENCIAL EM RELAÇÃO AOS PEDIDOS NÃO APRECIADOS

Na última oportunidade em que se verificou essa discussão no STJ, em um julgamento definitivo, predominou o entendimento da prorrogação de competência da Corte superior para apreciação de todos os pleitos rescisórios, apesar do óbice técnico de que competência absoluta, pela Teoria Geral do Processo, não se prorroga (cuida-se da primeira posição exposta no capítulo anterior). Entretanto, o julgado é bastante antigo (data de 2003) e, sobretudo, foi decidido por voto-desempate, tamanha a controvérsia processual instalada entre os próprios Ministros.

Trata-se da AR 1.115/SP (BRASIL, 2003), cujo voto condutor expôs, com proficiência, a grande dificuldade da questão e a alternância da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Narrou o voto-condutor do acórdão:

Duas posições se manifestaram, a respeito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Na Ação Rescisória nº 1.006, MG, Relator o Ministro Moreira Alves, o Tribunal Pleno decidiu que ‘Sendo o STF competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente.’ (RTJ nº 86, p. 67) [...]

No julgamento, posterior, da Ação Rescisória nº 932, RJ, Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, de que não participou o Ministro Moreira Alves, impedido, o Tribunal Pleno decidiu não conhecer da ação, ‘na parte referente ao tema que não foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.’ (RTJ nº 93, p. 487)

Atualmente, pelo que se depreende do julgamento da Ação Rescisória nº 1.274-7, Rio de Janeiro, Relator o Ministro Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal voltou à sua antiga orientação. (DJU, 20.06.97)

Esse posicionamento – no sentido de que todos os pedidos da rescisória passariam a ser da competência do STJ – terminou por prevalecer, mas apenas por voto-desempate. A verdade é que, por muito pouco, o Autor daquela AR 1.115/SP (julgada pelo STJ) não viu alguns de seus pedidos desconsiderados em razão da incompetência absoluta, hipótese em que seria impossível ajuizar nova ação rescisória no juízo competente, em razão do decurso do biênio decadencial.

Aliás, foi exatamente o que ocorreu com o Autor da AR 932/RJ (julgada pelo STF e lembrada no voto acima transcrito), em que o STF não conheceu dos pedidos referentes a questões não apreciadas pelo STF no julgamento do RE no processo de conhecimento. Perdeu-se o prazo bienal, e a parte terminou por não conseguir levar ao exame do Poder Judiciário todas as suas pretensões de direito material.

Não havia, sequer, a possibilidade de remeter a ação ao juízo competente (resguardando o mencionado prazo bienal), pois é impossível remeter a outro Juízo, para julgamento, apenas *parte ou cópia de uma petição inicial e de um processo*. Se a parte cumular na mesma ação causas de pedir e pedidos atinentes a diferentes competências absolutas, julgam-se apenas os pedidos e as causas de pedir para os quais se tem competência, deixando que o autor proponha nova ação no juízo competente (Súmula 170 do STJ). Preceitua o verbete: “Compete ao juízo onde for intentada a ação de acumulação de pedidos, trabalhistas e estatutários, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio”.

Embora o enunciado se refira à cumulação de um pedido que competiria à Justiça Comum com outro que competiria à Justiça do Trabalho, o mesmo raciocínio pode ser igualmente aplicável a qualquer reunião de pedidos concernentes a competências absolutas distintas (no caso, um referente à demanda originária de um TRF ou TJ e outro atinente à competência originária do STF ou STJ). Da mesma forma como não se admite, na Súmula 170 do STJ, a remessa de “cópia da petição inicial” ao Juízo Trabalhista, para que ele aprecie a “parte da causa” que lhe caberia, também não se permite a remessa de “cópia da rescisória” ao TRF ou TJ, para que ele examine os fundamentos de sua competência. (BRASIL, 1996)

Em suma: ou se encaminha a outro Juízo “*da uma petição inicial, com todas as questões ali tratadas*” (se todas elas forem da competência do referido Juízo), ou então não se encaminha nada, deixando que o próprio Autor

proponha nova ação perante outro órgão jurisdicional, para apreciação dos temas de sua atribuição.

Daí advém o maior risco de o Autor adotar o entendimento da prorrogação de competência da Corte superior para julgar todos os pleitos e fundamentos rescisórios e propor uma única ação perante a Corte superior. É que essa posição, embora tenha precedentes, não está consolidada, e, caso haja alteração do entendimento jurisprudencial (o que sempre é uma possibilidade, tendo em vista que, de fato, competência absoluta não se prorroga, bem como que já houve julgamentos em ambos os sentidos), a Corte superior simplesmente desconsiderará todos os fundamentos rescisórios atinentes a questões não tratadas originalmente no RE ou REsp, conhecendo apenas da matéria de sua competência absoluta.

E o principal: devido à duração natural do processo, é bastante provável que o Tribunal somente chegue a essa conclusão após o término do biênio decadencial, o que termina por violar, de maneira irreversível, o direito material da parte, inviabilizando por completo o exame desse fundamento pelo Judiciário.

4. SOLUÇÃO PROCESSUAL MAIS EFICAZ PARA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA: AJUIZAMENTO DE DUAS RESCISÓRIAS DISTINTAS.

Em toda essa complexa controvérsia jurisprudencial, o mais importante para a parte que pretende o acesso à Justiça – leia-se, o papel do Advogado na leal representação dos interesses de seu constituinte – não é se perder em discussões doutrinárias sobre qual seria, efetivamente, a solução mais correta quanto à competência (se a Corte superior teria competência para apreciar todos os pedidos e causas de pedir; ou se esse Tribunal examinaria algumas das causas de pedir, e o TRF ou TJ, as demais).

Quanto a isso, deve-se seguir o último entendimento jurisprudencial conhecido (ainda que tenha se formado em 2003, apenas por voto-desempate, e ainda que o próprio STF já tenha decidido em ambos os sentidos) e apresentar todas as causas de pedir e os pedidos rescisórios perante a Corte superior, adotando o entendimento de que a sua competência para apreciar uma das questões veiculadas na rescisória se prorroga também apreciar as demais.

Entretanto, o que realmente é importante para assegurar o princípio constitucional do *processo como instrumento de Acesso à Justiça* é garantir que, caso esse complexo e instável cenário jurisprudencial se altere – e o STJ ou o STF passem a entender que só têm competência para apreciar as questões

jurídicas efetivamente examinadas no REsp ou RE, competindo ao TRF ou TJ as demais questões –, seja *possível processualmente* remeter a análise dessas outras matérias ao Tribunal inferior, de modo a preservar o prazo decadencial e evitar que, paradoxalmente, o Direito Processual impeça o acesso à Justiça.

Nessa linha, a solução processual mais eficaz para tutelar o direito material da Parte em face de eventual mudança jurisprudencial em matéria tão tormentosa é manejar duas ações rescisórias distintas, cada uma agrupando diferentes causas de pedir (diferentes vícios rescisórios) em relação ao mesmo processo originário.

Primeiro, ajuíza-se uma ação rescisória com todos os vícios rescisórios (ou seja, todas as causas de pedir) cujas questões jurídicas foram examinadas pelo STJ ou STF no REsp ou RE do processo de conhecimento originário. Quanto a estas causas de pedir, a competência incontroversamente será do STJ ou STF, nos termos da Súmula 249 do Pretório Excelso.

Depois, ajuíza-se uma segunda ação rescisória – também perante o STJ ou STF – com todos os vícios rescisórios (ou seja, todas as causas de pedir) cujas questões federais *não foram examinadas pela Corte superior* no REsp ou RE daquele processo.

Assim, caso a jurisprudência permaneça entendendo que a competência da Corte superior se prorroga, todos os vícios rescisórios serão analisados pelo STJ ou STF. Porém – e esta é a grande importância de agrupar as causas de pedir em duas ações rescisórias distintas, não em uma só –, caso a Jurisprudência se altere, e se passe a entender (como já fez o STF em tempos pretéritos) que o Tribunal superior somente é competente para apreciar as questões examinadas no REsp ou RE do processo de conhecimento, não será necessário ajuizar outra ação perante o TRF ou TJ após todo esse tempo, e não haverá risco de perda do prazo decadencial.

Afinal, será sempre possível encaminhar a segunda ação rescisória ajuizada perante o Tribunal superior (a que se refere às demais questões não examinadas no REsp ou RE do processo de conhecimento), à Corte Regional, com base no Art. 113º, §2º, do CPC, que preceitua: “Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”.

É oportuno recordar, quanto ao tema, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a possibilidade de enviar os autos da rescisória ao Juízo competente para julgamento, desde que *todos os pedidos formulados naquela petição inicial se refiram à competência de outro Tribunal* (pois, como visto, se algum pedido da petição inicial se referir à competência da própria Corte superior, ela terá de apreciar o mencionado pedido, o que inviabiliza a remessa dos autos ou de cópia a outro colegiado, nos termos da Súmula 170/STJ):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REQUERIMENTO DE APRECIÇÃO DE QUESTÃO PROCESSUAL INCIDENTAL, PREJUDICIAL AO EXAME DE MÉRITO. CABIMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 515/STF. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL DE ORIGEM DIANTE DE PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL NESSE SENTIDO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.[...]

8. Impõe-e a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para apreciação do pedido contra o julgamento por ele lançado, diante da solicitação expressa na petição inicial de declinação da competência àquela Corte Estadual na hipótese de incompetência deste Tribunal. [...]

10. Agravo regimental provido, para reconhecer a incompetência absoluta do Superior Tribunal de Justiça, e declinar da competência para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (BRASIL, 2010)

Para salvaguardar a possibilidade de remessa da segunda rescisória (atinentemente aos vícios não tratados pela Corte superior no processo de conhecimento) ao TRF ou TJ, em caso de alteração do entendimento jurisprudencial quanto à competência, é necessário, ainda, que a parte adote uma cautela especial. É mister que o Autor impugne, na causa de pedir, também o acórdão do Tribunal inferior (julgamento da apelação), e não apenas o acórdão da Corte superior que decidiu o RE ou REsp.

Isso porque a impugnação da decisão da fase de conhecimento é a própria causa de pedir da rescisória, e se o Autor, ao ajuizar a ação no STF ou STJ, arrostar apenas o acórdão dessa Corte (esquecendo-se de atacar também o aresto do TRF ou TJ), será impossível encaminhar o feito, em caso de incompetência absoluta, à Corte regional ou estadual, uma vez que, nessa hipótese, o Tribunal inferior não terá causa de pedir para apreciar, pois não há acórdão seu impugnado formalmente na petição inicial.

É preciso, portanto, que o Autor deixe ambos os acórdãos formalmente impugnados; mostre os vícios de cada um; explique que somente está ajuizando ambas as rescisórias na Corte superior em razão de toda a divergência jurisprudencial que ora se expõe e dos precedentes aplicáveis; e requeira que, na eventualidade de se entender pela incompetência do STF ou STJ para apreciar a outra rescisória, seja ela remetida ao TRF ou TJ, para julgamento, nos termos do Art. 113º, §2º, do CPC.

Por fim, cumpre tecer uma consideração de ordem prática sobre a con-

veniência de se ajuizarem ambas as ações perante a *Corte superior*, em vez de (como talvez fosse mais natural) propor cada demanda no Tribunal correspondente aos vícios nela tratados.

Há dois motivos essenciais. O primeiro é que, consoante exposto, o último julgamento definitivo das Cortes superiores sobre o tema terminou por adotar o entendimento de que, em processos nos quais há vícios examinados pelo STF ou STJ e também vícios não examinados por esses Tribunais, a sua competência se prorrogaria para apreciar todas as matérias tratadas na rescisória.

O segundo motivo – este, sim, de ordem eminentemente prática e estratégica – é que assim se tutela melhor a celeridade do processo. Se a rescisória for proposta no TRF ou TJ, e este se der por incompetente, sempre haverá o risco posterior de, a qualquer tempo, a Corte superior restituir os autos, entendendo que competente era mesmo o Tribunal inferior e anulando todos os atos decisórios praticados durante o interregno em que o feito tramitou no STF ou STJ. Não se perde o prazo decadencial (pois o processo não é extinto, apenas remetido de volta ao outro Tribunal), mas se perde tempo na solução da lide. Se, por outro lado, a ação for ajuizada de logo na Corte superior, e esta se der por incompetente, não há perigo de devolução posterior, pois a sua decisão vinculará o órgão jurisdicional de segundo grau. Aliás, é justamente por isso que não existe conflito de competência entre Tribunal superior e Tribunal inferior a ele vinculado.

Em outras palavras: propondo a ação no TRF ou TJ, há risco de “duplo declínio de competência” (do Tribunal inferior para o superior e depois do superior de volta para o inferior); já ajuizando a demanda perante o STJ ou STF, há, no máximo, o risco de “um único declínio de competência” (do Tribunal superior para o inferior).

De todo modo, à parte dessas considerações, o mais importante é mesmo notar-se que, com o procedimento de dividir as causas de pedir rescisórias em duas petições iniciais distintas (uma abrangendo as questões que foram tratadas pela Corte superior no RE ou REsp do processo de conhecimento e outra abordando as que não foram), preserva-se o prazo bienal, elimina-se o risco da decadência e se garante o acesso à Justiça, manejando o Processo como instrumento a serviço do Direito Material, e não como óbice intransponível ao exame do mérito.

5. AJUIZAMENTO DE DUAS AÇÕES DESCONSTITUTIVAS EM FACE DA MESMA COISA JULGADA, POR VÍCIOS DISTINTOS: AUSÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA E DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CAUSA DE PEDIR NA AÇÃO RESCISÓRIA

No ordenamento brasileiro, o remédio processual para a rescisão de sentenças tem a natureza de ação (mais precisamente, ação desconstitutiva), e não de recurso. Com efeito, como esclarecem Pontes de Miranda (1976, p. 119) e Flávio Yarshell (2005, p. 152), trata-se da solução que, no direito comparado, mostra-se mais comum e mais tecnicamente correta, restando atualmente poucos países nos quais esse remédio processual tem o feitiço de *recurso* (o exemplo mais conhecido é a França, onde, em vez da ação rescisória, existe o chamado *récurso en revision* – *recurso de revisão*, sem nova citação, sem todos os pressupostos processuais de uma ação, dentre outras características).

Se, no Brasil, trata-se de ação desconstitutiva – e não de recurso –, então é perfeitamente possível ajuizar – quer ao mesmo tempo, quer sucessivamente – mais de uma ação rescisória para desconstituir o mesmo ato jurídico (o mesmo ato jurisdicional transitado em julgado), desde que por “diferentes motivos, por diferentes causas de pedir” (ou seja: por diferentes vícios rescisórios), e, principalmente, desde que cada uma das diferentes ações rescisórias tenha sido ajuizada dentro do prazo decadencial de dois anos.

É o que leciona Pontes de Miranda (1976, p. 391), na mais tradicional obra sobre o tema no cenário jurídico pátrio, “*Tratado da Ação Rescisória*”:

A mesma sentença pode dar ensejo a pluralidade de ações rescisórias, cujos pedidos podem ser cumulados, ou feitos separadamente. Nada obsta a que se proponham duas ou mais ações rescisórias, cumuladas ou não, simultânea ou sucessivamente, contra a mesma decisão. Por exemplo, uma, por prevaricação, ou concussão, ou corrupção do juiz; outra, por impedimento do juiz; outra, por incompetência *ratione materiae*, ou pela hierarquia; outra, por ofensa à coisa julgada; outra ou outras, por violação de direito em tese; outra, por falsidade de prova. (MIRANDA, 1976)

Nesse caso, não há falar em litispendência entre as distintas ações rescisórias, pois, embora sejam ações com as mesmas partes e tenham semelhanças em relação ao pedido (todas pleiteiam o *judicium rescindens* em rela-

ção ao mesmo processo originário), as causas de pedir são diferentes, pois se invocam *diferentes violações a dispositivos de lei*.

E, consoante dispõe o Art. 301º, §1º, do CPC, “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Por conseguinte, se as causas de pedir são distintas – se os defeitos apontados na sentença para motivar a rescisão são distintos – não há litispendência entre as ações rescisórias, mas apenas conexão, que há de ser levada em conta para fins de julgamento simultâneo. É o que esclarece Pontes de Miranda (1976, p. 494-496):

A respeito de litispendência, como de coisa julgada, é preciso atender-se a que: [...]

f) a citação, na ação rescisória por violação do direito em tese, somente gera exceção de litispendência se o ponto de direito que se aponta é o mesmo [ou seja, se se aponta como vício rescisório a mesma violação a dispositivo legal]; [...]

l) a citação, em ação rescisória fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, não produz exceção de litispendência para a ação rescisória que se funde noutro erro de fato, ou de outro documento da causa [incluiu-se nota entre colchetes]

Ainda sobre a possibilidade de ajuizamento de mais de uma rescisória contra a coisa julgada formada no mesmo processo (desde que todas dentro do prazo decadencial de dois anos e motivadas por violações literais a diferentes normas legais), aduz José Carlos Barbosa Moreira (1987, p. 105):

A existência de ação rescisória em curso, com fundamento na violação da norma N, não cria empecilho a que se proponha outra rescisória, entre as mesmas partes, fundada na violação da norma N' [N-linha, outra norma diferente]. Não procederia a objeção de litispendência, porque diferentes as causas de pedir (cf. Art. 301, §§1º e 3º). As duas ações são, à evidência, conexas (Art. 103), e em princípio devem reunir-se para julgamento simultâneo (Art. 105). À semelhança do que sucederia se alegadas em conjunto, desde o início, duas violações – isto é, na hipótese de cumulação originária das rescisórias –, têm de computar-se separadamente, em relação a cada uma das violações alegadas, os votos dos membros do colégio julgador.

Procedente ou improcedente que seja o pedido de rescisão, formulado com apoio na violação da norma N, a coisa julgada que se forme só cobrirá essa causa de pedir. O autor permanecerá livre para pleitear de novo a rescisão da mesma sentença, alegando a violação da norma N' [N-linha, outra norma], sem que se lhe possa opor eficazmente a objeção do Art. 301º, nº VI (inseriu-se nota entre colchetes).

No mesmo sentido, esclarece Flávio Luiz Yarshell (2005, p. 152):

Tratando-se de uma ação, e não de um recurso, não há para o interessado o ônus de concentrar na demanda todas as alegações que possam servir de fundamento à rescisória (embora seja de presumir que o faça). Dessa forma, havendo tempo hábil para tanto, nada impede que diferentes vícios de sentença sejam objeto de alegação em diferentes ações rescisórias.

É preciso que um ponto fique bastante claro: o que não se pode fazer, naturalmente, é ajuizar outra ação rescisória, contra a mesma *res judicata*, alegando violação literal ao mesmo dispositivo legal, porque, nessa hipótese, serão *duas ações rescisórias apontando a mesma causa de pedir*, ou seja, o mesmo defeito na sentença ou acórdão. Por outro lado, se as diferentes ações rescisórias (ambas fundamentadas no Art. 485º, V, do CPC) aduzirem violações a diferentes dispositivos de lei (ou seja, a diferentes normas), então se estarão apontando diferentes defeitos na sentença rescindenda e, portanto, diferentes causas de pedir para desconstituir a coisa julgada.

Não por acaso, Pontes de Miranda (1976, p. 494-496) vaticina que “a citação, na ação rescisória por violação do direito em tese, somente gera exceção de litispendência se o ponto de direito que se aponta é o mesmo” (ou seja, se se aponta como vício rescisório a mesma violação do dispositivo legal). E Barbosa Moreira (1987, p. 105), na mesma linha, esclarece que “a existência de ação rescisória em curso, com fundamento na violação da norma N, não cria empecilho a que se proponha outra rescisória, entre as mesmas partes, fundada na violação da norma N' [N-linha, outra norma diferente].”.

Aliás, é por isso – porque cada afirmativa de violação a dispositivo de lei é uma causa de pedir distinta – que, ajuizada a ação rescisória, com base no Art. 485º, V, alegando-se violação a uma Lei “A”, não pode o Tribunal dar provimento à rescisória, pelo Art. 485º, V, em razão de entender haver violação à Lei “B”. É que “a violação à Lei A” e a “violação à Lei B” são *causas de*

pedir distintas, e o Judiciário não pode dar provimento a uma ação por causa de pedir diferente da invocada na inicial.

Em outras palavras: a causa de pedir, na ação rescisória por violação literal a dispositivo de lei, *não é o Art. 485º, V, do CPC* (pois, se fosse, a mera invocação a esse dispositivo permitiria que o Judiciário entendesse existente qualquer violação a dispositivo de lei, o que evidentemente não é o caso). O Art. 485º, V, é apenas a autorização legal genérica e abstrata que indica *quais causas de pedir podem ser veiculadas em uma rescisória*. Causa de pedir é, sim, cada uma das violações a cada um dos dispositivos de lei apontados por infringidos, e é justamente por isso que, como dito, alegando-se violação à Lei A, o Tribunal não pode prover a rescisória por violação à Lei B. É necessário que a parte ajuíze uma nova ação rescisória, com esta outra causa de pedir: a violação à Lei B.

Como bem define Barbosa Moreira (2001, p. 132), ao tratar das causas de pedir nas ações rescisórias do Art. 485º, V (literal violação a dispositivo de lei): “Cada suposta violação constitui uma causa petendi. [...] Pode o autor, naturalmente, alegar que a decisão rescindenda infringiu mais de uma norma: haverá duas ou mais causas de pedir”.

Tampouco é possível falar em *preclusão consumativa*, dado que a demanda constitutiva não é recurso, mas sim ação; e a parte sempre poderá ajuizar novas ações para pleitear o mesmo interesse, desde que tenha novos fundamentos – novas causas de pedir – para lastrear sua pretensão.

Embora sejam raras na Jurisprudência situações idênticas à ora examinada, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, assim tem se manifestado:

AR - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - INADEQUAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO FORMA DERRADEIRA DA VIA RECURSAL - LITISPENDÊNCIA AFASTADA - EX-DELEGADO DE POLÍCIA - REINTEGRAÇÃO PREJUDICADA - INDEPENDÊNCIA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVO E CRIMINAL - SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 92, I, “B”, DO CP - PRECEDENTES.

1 - A ação rescisória não se confunde com recurso. Seus pressupostos estão insculpidos no Art. 485º e incisos do Código de Processo Civil.

Inadequada, pois a propositura de ação como forma derradeira da via recursal.

2 - Afasta-se a preliminar de litispendência quando a ação pre-

térta restar extinta (Art. 267º, I, CPC), pelo fato da exordial se encontrar desprovida de todos os documentos necessários para a compreensão da lide. Desta forma, opera-se a coisa julgada formal, podendo a parte interessada propor nova ação, desde que respeitado o biênio decadencial. (BRASIL, 2000)

Como visto, se houvesse uma espécie de *preclusão consumativa* com o ajuizamento de uma ação rescisória – à semelhança do que ocorre com os recursos –, jamais possível ajuizar outra demanda desconstitutiva, ainda que a primeira houvesse sido extinta por incompetência ou por qualquer defeito formal. Evidentemente, não é o que ocorre no ordenamento pátrio, consoante deixou claro o acórdão acima transcrito. Confira-se ainda:

AÇÃO RESCISORIA - LIMITES SUBJETIVOS E OBJETIVOS DA COISA JULGADA. A CIRCUNSTÂNCIA DE O DENUNCIADO INTENTAR AÇÃO RESCISORIA, NÃO IMPEDE QUE OUTRA O SEJA PELO DENUNCIANTE, REU NA AÇÃO EM QUE PROFERIDA A SENTENÇA ATACADA - C.P.C. ART. 472.

BASEANDO-SE A PRIMEIRA RESCISORIA APENAS EM QUE O JULGADO FUNDARA-SE EM FALSA PROVA, NÃO EXISTE OBICE AO PROSSEGUIMENTO DA SEGUNDA, EM QUE SE CUMULAM OUTRAS CAUSAS DE PEDIR. APENAS AQUELA MESMA CAUSA DE PEDIR NÃO PODERIA EM TESE SER REEXAMINADA. (BRASIL, 1989)

Fica clara, desta maneira, a plena viabilidade processual do ajuizamento de mais de uma ação rescisória concernente à mesma coisa julgada, não se podendo falar, dada a natureza jurídica da demanda, em litispendência ou em preclusão consumativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na delicada matéria da competência para apreciação de ações rescisórias calcadas no Art. 485º, V, do Código de Processo Civil (violação a literal dispositivo de lei), terá atribuição para julgar a demanda desconstitutiva, em regra, o Tribunal que tiver, no processo de conhecimento, perpetrado a afronta legal arguida. Assim, se a violação foi empreendida por Juiz de Primeiro Grau ou pelo Tribunal inferior, a ele tocará a atribuição para apreciar a rescisória; se foi pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal

Federal, a eles competirá a realização do *judicium rescindens*.

Nada obstante, se uma mesma coisa julgada for inquinada por diversas afrontas legais no processo de conhecimento, sendo que algumas foram perpetradas pelo Tribunal de segundo grau (no julgamento da apelação), e outras foram empreendidas pela Corte superior (na apreciação de RE ou REsp), o quadro se apresenta bastante polêmico.

Em uma das raras oportunidades em que se deparou sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a sua competência para apreciar os vícios por ele efetuados se prorrogaria para o exame dos demais vícios (os quais originalmente competiriam ao TRF ou TJ). Trata-se de posicionamento que preza pelo pragmatismo (pois evita a inconveniência de dois tribunais se debruçarem sobre a mesma coisa julgada), porém apresenta problemas de ordem técnico-processual, uma vez que a competência para julgamento de rescisórias é absoluta, e como sabido, competência absoluta não se prorroga.

Ademais, a posição não está consolidada, e o Supremo Tribunal Federal tanto possui julgados nesse sentido, como também em sentido contrário, entendendo que a Corte superior somente poderia examinar os pedidos atinentes a afrontas legais por ela perpetradas.

O maior risco de toda essa situação é que, se todos os vícios forem agrupados em *uma só petição inicial* perante a Corte superior (confiando-se no referido posicionamento do STJ), e, no momento do julgamento, houver nova alteração jurisprudencial (entendendo-se que a Corte superior somente poderá apreciar as afrontas legais *por ela* perpetradas, cumprindo ao Autor ajuizar nova demanda perante o TRF ou TJ), muito provavelmente já se terá esvaído o prazo decadencial bienal, lesando-se, de modo irreversível, o direito material da parte.

Recorde-se que, quando todos os vícios são reunidos em uma só petição inicial, é impossível remeter ao outro Juízo apenas “parte dessa petição inicial ou parte dos motivos por ela invocados”, em razão da aplicação analógica da Súmula 170 do STJ. (BRASIL, 1996)

Nesse contexto, a maior preocupação ao se ajuizar a demanda não deve ser propriamente a discussão jurisprudencial e doutrinária sobre qual o órgão competente, mas sim a adoção de instrumentos processuais aptos a salvaguardar o lapso decadencial bienal, assegurando o acesso da parte à Justiça e a tutela do direito material.

Assim, a solução processual mais eficaz é o ajuizamento de duas ações rescisórias distintas, agrupando-se, na primeira, os vícios que foram tratados pelo Tribunal superior na fase de conhecimento; e, na segunda, os que não foram. A fim de seguir o último posicionamento das Cortes superiores, bem como de zelar

pela celeridade processual, a providência mais conveniente é o ajuizamento de ambas as ações na Corte superior, requerendo-se julgamento simultâneo por conexão, porém efetuando-se pedido subsidiário de que, caso o colegiado entenda que somente tem competência para apreciar os vícios por ele próprio empreendido, remeta a segunda rescisória ao TRF ou TJ para julgamento, por aplicação do Art. 113º, §2º, do CPC. Não mais existirá, nessa hipótese, o óbice da Súmula 170 do STJ, resguardando-se o prazo decadencial.

O ajuizamento de duas ações rescisórias para desconstituir a mesma coisa julgada, por seu turno, apresenta plena viabilidade processual, desde que as afrontas legais suscitadas em cada uma delas (ou seja, as causas de pedir) sejam distintas, e ambas tenham sido manejadas dentro do prazo bienal. Não há falar em litispendência, porque as causas de pedir são diversas; e tampouco em preclusão consumativa, pois não se trata de recurso, e sim de ação autônoma.

Trata-se, enfim, de mecanismo apto à concretização do direito fundamental de acesso à Justiça, aplicando-se o processo como verdadeiro instrumento de tutela ao direito material, e não obstáculo inarredável ao exame do mérito; como solução para as dificuldades inerentes ao litígio, e não problema adicional a obstaculizar o acesso equânime aos bens da vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº 249 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal: Imprensa Nacional, 1964. p. 117.

_____. Supremo Tribunal Federal. Enunciado nº 515 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. In: *DJ, Brasília*, 10 dez.1969, p. 5933; 11 dez. 1969, p. 5949; 12 dez.1969, p. 5997; 11 dez.1969, p. 5949; 12 dez.1969, p. 5997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado nº 170 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: *DJ, Brasília*, 31 out. 1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AgRg na AR 2.711/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010. In: *DJ, Brasília*, 19 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na AR 3.162/SC, Rel. Ministro FRAN-

CIULLI NETTO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10 nov. 2004. In: *DJ*, Brasília, 04 abr. 2005, p. 158.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AR 910/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/08/2000. In: *DJ*, Brasília, 05 mar. 2001, p. 119.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 905.738/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04 jun. 2009. In: *DJ*, Brasília, 17 jun./2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na AR 1.115/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11 jun. 2003 In: *DJ*, Brasília, 19 dez. 2003, p. 310.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AR 565/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2000. In: *DJ*, Brasília, 19 jun. 2000, p. 101.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.019/GO, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07 nov. 1989. In: *DJ*, Brasília, 11 dez. 1989, p. 18139.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V: Arts. 476º a 565º. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: *Revista de crítica judiciária*. v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1987, 3º trimestre.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

pirâmide financeira: atividade ilícita e os crimes na norma penal brasileira

Barbara Valério Cardoso da Silva¹

Jefferson Correia da Rocha²

RESUMO

Por séculos, o homem, vive cercado pela ocorrência de fatos. Tais eventos, percebidos pela expressão da vontade dos indivíduos, requer a todo instante a criação de normas que regulem a convivência em sociedade. Atualmente, nota-se o surgimento e crescimento de esquemas fraudulentos no Brasil, elaborados por empresas que tentam caracterizar-se como vendas diretas. Elas utilizam o esquema de pirâmide financeira que é uma atividade ilícita e insustentável de captação de poupança da popular. Sendo um fato não recente, mas que, tem ganhando força, acredita-se que um estudo detalhado sobre o assunto, trará contribuições relevantes para a melhor atuação do operador da lei. O objetivo do trabalho é expor o esquema ilícito de pirâmide financeira e os possíveis crimes que constam na norma penal brasileira. Essa pesquisa é exploratória, documental e bibliográfica, utilizando-se artigos, livros e arquivos eletrônicos disponíveis em *sites* jurídicos. O tema é de relevância esclarecedora, onde, o estudo aprofundado mostrar que os esquemas piramidais são um grave problema de justiça, além de causar consequências negativas para sociedade. Os indivíduos que criam os esquemas piramidais, assim como, aqueles que promovem palestras para recrutar novos investidores (vítimas), com promessas de dinheiro rápido, dolosamente enganam a população. Contra esse fato delitivo, a norma penal brasileira tutela a situação e considera o esquema de pirâmide financeira um crime Contra a Economia Popular. Assim como, considera passíveis de crimes como de falsidade ideológica, formação de quadrilha, estelionato, lavagem de valores e fere, principalmente, o Princípio da Confiança.

Palavras-chave: Crime. *Marketing* Multinível. Economia Popular.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Ilhéus

² Graduando em Direito pela Faculdade Madre Thaís (FMT)

ABSTRACT

For centuries, man, lives surrounded by the occurrence of events. Such events, perceived by the expression of the will of individuals, requires every moment creating rules that govern life in society. Currently, there is the emergence and growth of scams in Brazil, prepared by companies trying to be characterized as direct sales. They use the Ponzi scheme is an illegal and unsustainable activity attracting savings from popular. Being not a recent fact, but that is gaining momentum, it is believed that a detailed study on the subject, will bring the best performance relevant to the operator of the law contributions. The objective is to expose the illegal Ponzi scheme and possible crimes listed on the Brazilian penal norm. This research is exploratory, documentary and bibliographic, using articles, books and electronic files available on juridical sites. The theme is enlightening relevance, where the in-depth study show that pyramid schemes are a serious problem of fairness and cause negative consequences for society. Individuals who create pyramid schemes, as well as those who promote talks to recruit new investors (victims), with promises of quick money, intentionally deceive the population. Against this delitivo fact, the Brazilian criminal standard guardianship situation and considers the Ponzi scheme one crime against the economy. Like considers liable to crimes such as forgery, conspiracy, racketeering, laundering values and hurts mainly the Principle of Trust.

Keywords: Crime. Multilevel Marketing. Popular Economics.

1. INTRODUÇÃO

Por séculos, o homem, vive cercado pela ocorrência de fatos sociais. Tais eventos, percebidos pela expressão da vontade dos indivíduos, requer a todo instante a criação de normas que regulem a convivência na sociedade.

Na história os esquemas piramidais têm como marco, o primeiro episódio fraudulento com o italiano Charles Ponzi, na década de 1920. Ponzi arquitetou um lucrativo esquema de compra e revenda de selos do correio internacional nos Estados Unidos que o enriqueceu rapidamente. O golpista prometia retornos de 100% em apenas 90 dias. Contudo, os ganhos dos investidores mais antigos eram sustentados pela entrada de novos indivíduos, e não pela revenda dos selos. O esquema foi desmascarado. Charles Ponzi foi preso, deportado e faleceu na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil, em 1949, como indigente.

Outro caso famoso foi o de Bernard Madoff, cujo esquema superou mais 60 bilhões de dólares e foi descoberto durante a crise financeira de 2008. Madoff foi condenado a 150 anos de prisão por ter arquitetado a fraude e mantido, por mais de 40 anos o esquema ativo. No Brasil, os casos marcantes são o do Avestruz Master (1998) e das Fazendas Reunidas Boi Gordo (2004).

Atualmente, tem-se notado o surgimento e crescimento de esquemas fraudulentos no Brasil, formados por empresas que tentam, equivocadamente, caracterizar suas atividades como sendo de venda direta, por meio do modelo chamado de *Marketing* Multinível ou *Marketing* de Relacionamento.

O esquema de Pirâmides Financeiras são atividades ilícitas e insustentáveis de captação da poupança popular. Nesses esquemas irregulares não há realmente uma atividade comercial envolvida e os ganhos dos membros decorrem da indicação de novos participantes.

A participação em estruturas de Pirâmides Financeiras trazem responsabilidades para todos os envolvidos. Os sistemas piramidais são considerados condutas comerciais ilegais e pode ser enquadrado em diversos crimes no Código Penal brasileiro, fere o Direito do Consumidor e outras tipificações, além de causar enormes prejuízos a todos que dele participam e consumir o patrimônio das famílias.

1.1 O QUE É CRIME?

Tendo os preceitos normativos no meio social, o homem vem sendo e sempre será limitado quanto aos seus atos e sua liberdade, já que seu comportamento deve estar em harmonia aos limites impostos. (MENDONÇA, 2007)

Segundo Mendonça (2007) vislumbra-se um ilícito jurídico no momento em

que, qualquer pessoa do corpo social quebra o cumprimento dos preceitos, e via de consequência, agindo contrariamente ao ordenamento vigente. O gênero ilícito jurídico, assim exposto, tem no ilícito penal a sua espécie mais relevante.

Dito isso, Santos (2001, p. 62) define que “crime é o comportamento humano positivo ou negativo, provocando, este, um resultado e que segundo o seu conceito formal, é violação culpável da lei penal, constituindo, assim, delito”. Ou seja, no crime deve-se distinguir o fato típico, característico, revelado na lei do ilícito, por fim, antijurídico, contrariando o direito. (Ibid)

Conforme Alexandre (2013) considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Nesse sentido a lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro desenvolveu o conceito de crime. Assim, constitui a definição legal de crime. Contudo, pode-se também, considerar uma definição formal de crime, na qual seria toda e qualquer ação (conduta) dolosa/culposa, comissiva/omissiva à qual a lei comina uma sanção penal.

De acordo com Greco (2013, p. 142) o crime pode ser visto sob dois aspectos: formal e material. No aspecto formal, crime é toda conduta que atenta, que vá de encontro contra a lei penal editada pelo Estado. No seu aspecto material, seria a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

Ou seja, um delito pressupõe a prática de um fato típico, antijurídico e culpável, com uma tipicidade cada vez mais dotada de elementos, os quais irão restringir a aplicação da norma, a qual deixa a cargo da Teoria da Pena apenas a punibilidade. (ALMEIDA; VAZ, 2010)

1.2 MARKETING MULTINÍVEL

Foi na década de 1940 que surgiu a primeira onda do *Marketing* Multinível. A ideia girava em torno das grandes empresas que criavam algum benefício para quem indica clientes. Quanto maior o nível de relacionamento e credibilidade social da pessoa, maior era o benefício adquirido. Em resumo, se pega parte do lucro da venda do produto e distribui com as pessoas que ajudaram por seu *marketing* pessoal na venda do produto, isso em níveis. (DUDA, 2013)

Conforme Duda (2013) esse tipo de negócio moderno ficou conhecido também como: *Marketing* de Rede, *Network Marketing*, *Marketing* de Relacionamento ou Empresa de vendas diretas.

De modo amplo, é um sistema de distribuição que movimenta bens ou serviços do fabricante para o consumidor final, por meio de uma rede de contratos independentes. Ou seja, seria a junção do *marketing* de relacionamento e o *marketing* direto, um visando a qualidade e o outro, a relação cliente e

vendedor. (MINISTERIO DA FAZENDA, 2013)

Segundo o Ministério da Fazenda, a denominada estratégia de *Marketing* Multinível nada mais é do que:

[...] um modelo de compensação e pagamentos internos à companhia. Se no modelo de distribuição direta – chamado mononível – a única forma de o distribuidor se remunerado é pelo produto obtido com as vendas, no modelo multinível, admite-se que o distribuidor, além de receber pela venda de seus produtos, ela aufera *royalties*, ou ganhos complementares, decorrente de captação de novos revendedores. Interessante destacar que esses ganhos complementares não advem da simples captação de revendedores, mas sim, da produtividade do trabalho desses revendedores: é necessário que a rede efetivamente venda os produtos. (Ibid, p. 5)

O *Marketing* Multinível Legítimo (MML) é uma maneira de organizar e remunerar revendedores em vendas diretas, alternativamente ao sistema tradicional de distribuição no varejo. Sendo que, possui um plano de remuneração de vendas diretas no qual os revendedores ganham de duas maneiras: recebem compensações pela venda de produtos ou serviços a consumidores finais; e são remunerados pelas vendas ou compras de indivíduos que ele indicou ou patrocinou no plano nível. (Ibid)

De acordo Duda (2013) toma-se um exemplo pertinente para entendermos o *Marketing* Multinível legítimo. Vendendo-se um produto A, da empresa EP pelo vendedor Zero, para o comprador I, que comprou e indicou para o comprador II, que por sua vez gostou tanto que indicou os compradores III, IV, V e VI, e eles, por conseguinte, indicaram para outras dezenas de pessoas. Nesse caso, cada indicação é um nível, mas foi o vendedor Zero que começou a cadeia de consumo do produto A. Neste caso o que faz uma empresa *Marketing* Multinível? Se o produto A custar R\$ 50,00 e a empresa separe 10% do seu faturamento para pagamento da rede em três níveis. Observe a Tabela 1:

Tabela 1 – Simulação de Bonificação Marketing Multinível

Vendedor Zero	Valor do Produto A	Bonificação 10% em 3 níveis
Comprador I	R\$ 50,00	R\$ 5,00
Comprador II	R\$ 50,00	R\$ 5,00
Compradores III, IV, V e VI.	R\$ 200,00	R\$ 20,00
TOTAL	R\$ 300,00	R\$ 30,00

Fonte: Elaborado pelo autor.

Assim podemos extrair os seguintes pontos do exemplo: Através do vendedor Zero foi vendido R\$ 300,00 e recebeu R\$ 30,00 de bonificação pelas indicações; os indivíduos compraram apenas um produto, tendo a possibilidade de comprar mais; mesmo sem o pagamento em rede as pessoas comprariam o produto A de qualquer forma; o comprador II por ter quatro indivíduos indicados, provavelmente vai ganhar mais que o vendedor Zero, sendo que, a empresa bonifica em níveis e o vendedor Zero já não ganha da indicação do terceiro nível; para ganhar mais o vendedor Zero terá que indicar mais pessoas, ajudar os compradores I e II a indicar mais pessoas ou fazer esses compradores consumirem mais produtos; o vendedor Zero ganhou dinheiro sem prejudicar a empresa e as pessoas da rede, pois poderia a empresa, ter gastador mais em campanhas de *marketing* tradicionais; assim, pessoas podem consumir os produtos sem indicar a ninguém; o vendedor Zero pode ganhar mais comprando mais produtos da empresa EP por R\$ 50,00 e revendendo por R\$ 55,00 para pessoas que não queiram fazer parte da rede. (DUDA, 2013)

Esse simples exemplo demonstra como funciona uma empresa de MML. Para isso, devem-se levar em consideração algumas peculiaridades: as empresas MML tem consumo alto de produtos fora da rede, neste caso, existem diversos indivíduos cadastrados na rede consumindo produtos do que dentro da rede; caso não exista a rede os produtos seriam comercializados da mesma maneira e pelo mesmo preço; como a empresa paga sobre as vendas dos produtos, se não entrar mais ninguém ela continua faturando e pagando normalmente, pois o dinheiro vem das vendas e não da entrada de pessoas; caso a empresa feche, não ficará devendo a ninguém; e por fim, as empresas MML participam de órgãos de regulamentação como no caso do Brasil da ABEVD³. (Ibid)

³ Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas (ABEVD).

1.3 VENDA DIRETA

A venda direta é um sistema de comercialização de bens de consumo e serviços diferenciados, onde tem como base, o contato pessoal, entre vendedores e compradores, mediante atividades externa de um estabelecimento comercial fixo comum. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDAS DIRETAS, 2013)

De acordo Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas - ABEVD (2013) as vendas direta tem atingindo dimensões mundiais. Presente em todo o mundo e envolvendo os mais diversos setores da economia, a venda direta se destaca, entre outros fatores, por sua capilaridade e capacidade de expandir-se geograficamente.

Para os empreendimentos, significa um canal de distribuição com largo potencial de expansão geográfica, capaz de agregar valor aos seus produtos e serviços por meio das relações pessoais. Para o revendedor é uma alternativa ao emprego tradicional, que possibilita trabalhar em horários flexíveis, ganhar conforme a dedicação e crescer como pessoa e com o profissional. Para o consumidor, a venda direta representa um atendimento personalizado que não existe no varejo tradicional. Para a sociedade, é uma forma de contribuir para minimizar o problema do desemprego, pois oferece oportunidade de complementação da renda familiar e de trabalho para as minorias. (Ibid)

Segundo Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas - ABEVD (2013) a venda direta deve ser entendida como aquela em que, produtos e serviços são apresentados diretamente ao consumidor, por intermédio de explicações pessoais e demonstrações. Portanto, o vendedor direto no Brasil é um revendedor autônomo e independente, que adquire produtos das empresas de vendas diretas e os revende aos seus clientes, com uma margem de lucro. Por fim, os revendedores possuem natureza jurídica de comerciantes.

Contudo, para um negócio ser caracterizada como venda direta, este, deve ter a efetiva revenda de produtos e serviços com real valor econômico. Ou seja, como base da atividade econômica do profissional autônomo. Este é o principal traço para diferenciar a venda direta de uma pirâmide. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDAS DIRETAS, 2013)

Quadro 1 – Síntese das principais diferenças entre estratégia de Marketing Multinível e Pirâmide Financeira, conforme ABEVD

Venda Direta (<i>Marketing Multinível</i>)	Pirâmides Financeiras
Produtos e/ou serviços	Não vendem produtos e/ou serviços
Ganho proporcional ao esforço	Os primeiros participantes são os que mais ganham
Continuidade (hereditariedade)	Não há continuidade
Tem garantia de devolução	Não há garantia de devolução
Forte investimento em treinamento	Foco no desconhecido (orientação e treinamento ocasional)
Está associada à ABEVD (Código de Ética)	Não está associada

Fonte: (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDAS DIRETAS, 2013)

Outro indicativo importante para se certificar da legitimidade de um negócio é verificar se a empresa por trás da oportunidade é associada à ABEVD. Isto porque, apesar da associação à ABEVD não ser obrigatória, para que uma empresa seja aceita como associada, deve atender e respeitar o Código de Ética da atividade de venda direta. O processo de associação à ABEVD envolve uma análise e aprovação de seu Conselho de Ética, o qual verifica se a empresa que pretende se associar enquadra-se no legítimo conceito de venda direta. (Ibid)

1.4 PIRÂMIDE FINANCEIRA

Pirâmides Financeiras (PF's) ou esquemas piramidais são compreendidos como promessas de ganhos elevados e de curto prazo, principalmente para quem está entrando na rede. As PF's prometem altos retornos financeiros, que tradicionalmente não são disponíveis como investimentos tradicionais. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2013)

Segundo Ministério da Fazenda (2013) o esquema de “pirâmide” apresenta uma estrutura em que a venda é disposta da seguinte forma: o indivíduo no cume da pirâmide é o primeiro a comercializar o produto ou serviço (promessa) para um número de pessoas, que por sua vez, adquirem a obrigação de prospectar outras pessoas na rede. Assim, forma-se um novo nível abaixo do topo. Formando-se esse novo nível, o mesmo destaca-se e ira criar novos níveis, onde se obtém ganhos correspondentes ao volume de fidelização na estrutura.

De acordo com o Ministério da Fazenda:

Embora os esquemas de pirâmides possam se apresentar de inúmeras formas [...], a princípio podem causar certa dificuldade no reconhecimento. O fato é que todos eles compartilham uma característica essencial: prometem a seus consumidores ou investidores grandes lucros com base principalmente no recrutamento de novas pessoas na rede. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2013, p. 2)

As Pirâmides Financeiras mais simples de certo, não tem o trabalho de dissimular a fraude. Os investidores são atraídos pelos divulgadores, pagam o valor de filiação e após, poderão também, praticar a mesma estratégia recrutando novas pessoas e receber parte do investimento por esses novos filiados. As mais sofisticadas, contudo, apresentam estruturas hipoteticamente legítimas, com o intuito de afastar as suspeitas das vítimas e das autoridades coercitivas. Assim operam como modelos parecidos ao do *Marketing Multinível*. (Ibid)

Esse tipo de prática criminosa nasce quando um “vigarista” elabora uma estratégia de *Marketing* para vender a ideia de ganhos fáceis. O divulgador convence as pessoas a fazer pagamentos únicos e prometendo retorno do seu dinheiro em ganhos exponenciais. Assim, o sistema começa a funcionar, e na medida em que, novos participantes venham a aderir e fazer os pagamentos, os investidores do topo da pirâmide (mais antigos) começam a ter ganhos expressivos. O estímulo à entrada de novos filiados é constante e aguçado com a promessa de comissões expressivas. Nesta ceara, aparentemente, os ganhos começam a estimular atividade delitativa, ocasionando o seu reinvestir no esquema. Esse sistema, fraudulento, desaba porque não há benefício final e o crescimento é exponencial. Pois, há a necessidade de novos investidores, e não havendo, novos investidores, o sistema entra em ruína e grande maioria envolvida perde tudo que investiu. (DUDA, 2013)

Conforme Ministério da Fazenda (2013) há de considerar um exemplo para explicar como funciona o esquema de pirâmide. O exemplo é da matriz de três por quatro⁴. Cada investidor paga R\$ 1.000,00 ao divulgador do esquema no primeiro nível. No ato do pagamento, o possível investidor, é informado que deverá construir uma rede pessoal abaixo dele, com mais três novos investidores, sendo o segundo nível. Por consequência, cada um dos novos investidores (os três) deveram recrutar mais três novos investidores, formando assim sua própria rede, o terceiro nível. A remuneração do esquema, prever que cada investidor receba R\$ 300,00 no primeiro nível (os três primeiros)

⁴ Neste esquema, o investidor receberá comissões por quatro níveis de investidores novos abaixo dele, onde os novos associados deveram recrutar mais três novos investidores.

diretamente prospectado por ele. Além disso, ao investidor no segundo nível é prometido uma comissão de R\$ 60,00 para cada novo investidor e nos níveis seguintes. Observe a síntese na Tabela 1:

Tabela 1 – Simulação de investimento no esquema de Pirâmide Financeira.

NÍVEIS	REMUNERAÇÃO	GANHOS	TOPO DA PIRÂMIDE		
			O pagamento de \$1.000		
Nível – 1	R\$300,00 x 3	R\$900,00	1 - Investidor	1 – Investidor	1 - Investidor
Nível – 2	R\$60,00 x 9	R\$540,00	3 – Investidores	3 – Investidores	3 – Investidores
Nível – 3	R\$60,00 x 27	R\$1.620,00	9 – Investidores	9 – Investidores	9 – Investidores
Nível – 4	R\$60,00 x 81	R\$4.860,00	27 – Investidores	27 – Investidores	27 – Investidores
***	***	***	***	***	***
		R\$7.920,00			

Fonte: Elaborado pelo autor

Conforme a Tabela 1, observamos no segundo nível três investidores, no terceiro nível, vinte sete investidores, e no quarto nível oitenta e um investidores. Assim, a remuneração conseguida pelo investidor inicial totaliza R\$ 7.920,0, até o quarto nível formado do esquema. Para o investidor, o esquema é bastante atraente, pois, com um investimento inicial de R\$1.000,00, ele chega ao quarto nível do esquema com um ganho de R\$ 7.920,00. Percebe-se que o retorno do investimento realizado pela pessoa, chegam aos impressionantes 792%, que é muito superior à rentabilidade esperada a qualquer investimento legal (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2013).

Além desse simples exemplo de ganho extraordinário, pode-se ainda, demonstrar a insustentabilidade do esquema piramidal mediante a aplicação matemática. Considerando a Progressão Geométrica⁵, onde o líder da rede é o primeiro termo ($A_1 = 1$), e a razão fixada é ($q = 3$), pois, cada sub-líder recruta três novos investidores. Assim temos na Tabela 2:

⁵ Sequência numérica em cada termo, a partir do segundo, é igual ao produto do termo precedente (anterior) por uma constante q. Assim o número q é chamado de razão da progressão aritmética ($A_n = A_{n-1} \times q$).

Tabela 2 – Simulação de recrutamento de novos investidores.

TERMO (An)	RAZÃO (q)	P.G. (An-1 x q)	INVESTIDOR (Quantidade)
A1	3	-----	1
A2	3	$2-1 \times 3 = 3$	3
A3	3	$3-1 \times 3 = 9$	9
A4	3	$4-1 \times 3 = 27$	27
A5	3	$5-1 \times 3 = 81$	81
A6	3	$6-1 \times 3 = 243$	243
A7	3	$7-1 \times 3 = 729$	729
A8	3	$8-1 \times 3 = 2.187$	2.187
A9	3	$9-1 \times 3 = 6.561$	6.561
A10	3	$10-1 \times 3 = 19.683$	19.683
A11	3	$11-1 \times 3 = 59.049$	59.049
A12	3	$12-1 \times 3 = 177.147$	177.147
A13	3	$13-1 \times 3 = 531.441$	531.441

Fonte: Elaborado pelo autor.

Percebe-se com a Tabela 2, que os investidores do sexto nível da pirâmide, para auferir êxito na arrecadação, são necessários o recrutamento de 243 novos investidores. Para um investidor do décimo nível, é necessário o recrutamento de 19.683 novos investidores. Se levarmos em consideração a população do Município de Ilhéus (Urbana e Rural) que gira em torno de 250.000 habitantes, o décimo terceiro nível, que chega a 531.441 novos investidores, seria superior em duas vezes o número de habitantes do município.

De acordo com o Ministério da Fazenda os principais identificadores do esquema de pirâmide são:

Vendas efetuadas num tom exagerado; pouca ou nenhuma informação sobre a empresa é fornecida; promessas vagamente enunciadas sobre os rendimentos potencialmente ilimitados ou descolados da realidade; nenhum produto real ou um produto que é vendido por um preço acima do valor real do mercado; um fluxo de renda que depende prioritariamente da comissão recebida pelo recrutamento de novos associados ou produtos adquiridos para uso próprio; a tendência de que só os investidores, os primeiros, tenham renda real; e garantias de que é perfeitamente legal participar. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2013, p. 11-12)

Segundo o Ministério da Fazenda (2013) o problema de combater esses esquemas piramidais, é a racionalidade econômica em se integrar nesses

esquemas, principalmente se a rede está no início. Neste caso, o retorno conseguido para quem está no topo da pirâmide é bastante expressivo. Para tanto, a de juntar esforços legais para evitar o surgimento e proliferação do esquema enquanto o dano não é significativo.

Esta pesquisa justifica-se por sua relevância esclarecedora, onde, busca-se através do estudo aprofundado mostrar que os esquemas de Pirâmide Financeira é um grave problema de justiça, além de causar consequências negativas para sociedade. Por ser um tema não recente, mas que, tem ganhando força aos fatos presentes, acredita-se que um estudo detalhado sobre o assunto, trará contribuições relevantes para a melhor atuação do operador da lei.

A pesquisa tem por objetivo expor o esquema ilícito de Pirâmide Financeira e os possíveis crimes que constam na norma penal brasileira. Pois a problemática é que, na premissa do esquema delitivo piramidal se prolifera, dentro da sociedade brasileira, haverá prejuízos econômicos, financeiros e sociais que só poderão ser solucionados no longo prazo.

2. MATERIAL E METÓDOS

Realizou-se nesse estudo uma pesquisa exploratória, documental e bibliográfica, por meio da leitura sistemática, fichamento de livros, artigos, monografias e *sites* especializados. Buscou-se aprofundar o conhecimento sobre o tema proposto que é a descrição da atividade ilícita de Pirâmide Financeira e os crimes identificados no Código Penal Brasileiro.

Toda pesquisa implica no levantamento de dados de variadas fontes, pois, quaisquer que sejam os métodos ou técnicas empregadas, esse material-fonte geral, é essencialmente útil para trazer conhecimentos que servem ao campo de interesse. (LAKATOS; MARCONI, 2003)

Lakatos e Marconi (2003) diz que a exploração tem em vista a localizar informações, que já se tem conhecimento de sua existência, é importante para o desenvolvimento e exposição do tema. Neste caso, o capítulo ou tópico trata de assunto que interessa o pesquisador, no entanto pode omitir o aspecto relacionado diretamente com o problema.

Para tanto, a pesquisa documental faz-se necessária, haja vista, seja uma fonte de coleta de dados que está restrita a documentos escritos ou não. Ou seja, constituindo o que se denomina de fontes primárias. Estas podem ser feitas no momento em que o fato ou fenômeno ocorre. (Ibid)

De acordo Lakatos e Marconi (2003), somando-se a pesquisa documental têm-se a pesquisa bibliográfica, ou fontes secundárias, que abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, e até meios de comunicação orais e audiovisuais como: rádio, filmes e televisão.

A finalidade da pesquisa bibliográfica é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto. Esse tipo de pesquisa é fundamental para o aprofundamento teórico do conceito. Pois é escolhida como estratégia para conseguir informações capazes de contextualizar o objeto da pesquisa. (Ibid)

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os indivíduos que criam os esquemas piramidais, assim como, aqueles que promovem palestras para recrutar novos investidores (vitimas), com promessas de dinheiro rápido, dolosamente enganam a população. O falso discurso sobre o que realmente se trata o investimento, potencialmente, irá lesar um número indeterminado de indivíduos, que conseqüentemente perderão suas economias.

Contra esse fato delitivo, a norma penal brasileira tutela a situação e considera o esquema de Pirâmide Financeira um crime Contra a Economia Popular. A norma penal regulamenta a matéria com a Lei nº. 1.521, de 26 de Dezembro de 1951, nos seguintes termos:

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta lei regulará o seu julgamento⁶. Art. 2º. São crimes desta natureza: [...]; IX - Obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de numero indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e qualquer outros equivalentes); [...]. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a dois (anos) e multa. (BRASIL, 2013, p. 1193)

⁶ Conforme Brasil (2013, p. 1892) a Súmula 498 do STF diz que, "compete a Justiça do Estados, em ambas as estâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular".

O enunciado da Lei é explicativo, a prática de processos fraudulentos como *bola de neve*, *cadeias (pirâmides)*, *pichardismo* e quaisquer outros equivalentes, é considerada crime Contra a Economia Popular. Portanto, o crime tem conduta típica, que cuida exatamente dos esquemas de pirâmide.

Considerando o texto e trazendo-o para o entendimento comum, a prática e a promoção das Pirâmides Financeiras ganham forma à conduta descrita na Lei. Desta maneira, tem-se a tipicidade da conduta apresentada, ou seja, a ação dos indivíduos que divulgam, promovem ou fazem palestras com a finalidade de obter ganhos ilícitos, molda-se à conduta de hipótese descrita na Lei que define o crime.

O crime do inciso IX, ainda pode vir acompanhado, em concurso material⁷ ou formal⁸, com os crimes de Falsidade Ideológica, de Quadrilha, Lavagem de Valores e ainda, podendo ser considerado, como crime de Estelionato.

O crime de Falsidade Ideologica consta no Código Penal brasileiro com a seguinte redação:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juricamente relevante. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular. (BRASIL, 2013, p. 558)

A primeira conduta incriminada é omitir, em documento público ou particular, declaração que nele devia constar. Omitir é deixar de inserir. O criminoso, do esquema de Pirâmide Financeira, deixa de inserir a declaração que deveria constar no documento de adesão. Como também, realiza o crime quando insere, coloca ou inclui no documento, declaração falsa ou diferente da que deveria ser aposta no ato da adesão ao investimento.

Neste caso, trata-se de ocultação de uma informação juridicamente relevante no documento de adesão produzido pelo idealizador e não de qual

7 Segundo Capez (2011, p. 544-545) é “prática de duas ou mais condutas, dolosas ou culposas, omissivas ou comissivas, produzindo dois ou mais resultados, idênticos ou não, mas todas vinculadas pela identidade do agente, não importando se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes”.

8 De acordo com Capez (2011, p. 546) “o concurso formal implica a existência de dois ou mais crimes, que, para efeito de política criminal, são apenados de maneira menos rigorosa”.

quer informação. Havendo essa omissão será típica quando, pela qualidade do documento de adesão, era exigível sua presença das informações relevantes.

Já a inserção de falsa declaração ou, se verdadeira, quanto àquela que deveria constar do documento de adesão percebido pelo investidor do esquema. Assim, falsa é a declaração inverídica, não verdadeira. Diversa é a declaração outra, embora verdadeira, que não devia constar do documento de adesão.

A omissão da declaração ou a inserção de falsa no documento de adesão concerne à ação do criminoso de ludibriar, a iludir, a enganar os investidores ou indivíduos a quem o documento possa ser apresentado como um garantia de autenticidade do negocio.

No caso do crime de Quadrilha ou Bando a norma penal brasileira especifica o texto com o seguinte conteúdo: “Art. 288º. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para fim de cometer crimes. Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. Paragrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”. (BRASIL, 2013, p. 556)

A forma verbal do tipo é: associarem-se. Ou seja, reunir, aliar ou juntar. Não será, qualquer associação que realizará o tipo (associarem-se) porque a norma exige que se reúnam no mínimo quatro pessoas, com o fim de cometer crimes. Assim, o esquema piramidal é característico ao crime de quadrilha ou bando, pois, para a formação do esquema é necessária um numero progressivo de investidores.

A norma não exige que a associação (quadrilha ou bando) seja organizada ou sofisticada em seu modo de agir, considerando apenas com a estabilidade, a permanência e a finalidade. Assim, o crime de Quadrilha ou Bando com os esquemas de pirâmide é autônomo. Essa autonomia jurídica do crime decorre a conclusão de que, não será necessária a participação ativa dos possíveis investidores dos esquemas efetivamente praticados. Mas, que deles poderão ser coautores ou partícipes, assim como, tenha sido sua integração no procedimento típico de cada um deles. Se os indivíduos tem consciência sobre um desses elementos (estabilidade, permanência e finalidade) não há exclusão do dolo e, portanto, a tipicidade ou o crime propriamente dito.

O Estelionato, que é um crime contra o patrimônio, está tipificado do Capítulo VI do Código Penal da seguinte forma: “Art. 171º. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”. (Ibid, p. 544)

Neste crime, a vítima (o investidor) é ludibriada mediante artifício, ardil ou fraudulento, após ter sido induzida ao erro e por consequência, acabando

por entregar sua poupança (dinheiro) ao golpista. Ou seja, o golpista, cria ou conservar, na mente do investidor, uma falsa percepção da realidade, pois, atuará no mundo externo, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa.

Assim o artifício é o meio que modifica o aspecto ou a estrutura da realidade dos fatos ou das coisas, através de aparatos materiais. A realidade é modificada de modo a que a vítima a compreenda equivocadamente o fato. O meio é ardil, sem alterar a realidade, pois, atua diretamente sobre o subconsciente do investidor através de palavras enganosas (motivacionais), escritas ou orais (palestras e apresentações), que convence o investidor acerca da realidade, que alterada em sua percepção. A fraude é variada, assemelhando-se ao artifício ou o meio ardil, que por sua vez, possa conduzir a vítima ao engodo.

Estelionato é crime de resultado. O golpista deve obter uma vantagem ilícita, mediante o prejuízo do investidor. A vantagem pode ser obtida para terceiros. Podendo o prejuízo ser causado a investidores diversos que são induzidos ou mantidos em erro.

É uma vantagem de natureza econômica que, entendida pela obtenção do bem móvel ou imóvel, de direito de crédito ou dinheiro, ainda que temporário. Assim, o prejuízo é o dano patrimonial e econômico, tendo ainda a impossibilidade do investidor auferir um pagamento que lhe seja prometido.

O golpista comete um crime doloso. Pois, a conduta leva a ilicitude da vantagem, acarretando o prejuízo de outrem. Insistindo-o ao erro sobre o ilícito, haverá a exclusão do dolo pelo agente. Assim, crime praticado com o esquema é material, pois efetiva-se com obtenção da vantagem ilícita, concomitante à realização do prejuízo para a vítima. Caso tenha a vítima o decréscimo patrimonial o crime está consumado.

Os recursos conseguidos com esse tipo de crime (pirâmide financeira), ainda, podem ser enquadrado na Lei Complementar de Lavagem de Valores “Dinheiro”. O *caput* da Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998, descreve que “[...] sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e dá outras providências”.

Assim, a Lei Complementar 9.613/98 descreve sobre Lavagem de Valores:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. [...]. Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa (Ibid, p. 1683-1684).

Portanto, estando o indivíduo ciente de que os valores obtidos através dos esquemas piramidais é um dinheiro proveniente de um processo criminoso, caso venha a aplicar esses valores em imóveis, ou em outras formas com a finalidade de ocultar a origem ilícita dos recursos, configura-se o crime de Lavagem de Capitais.

Quadro 2 – Síntese dos possíveis crimes cometidos nos esquemas de Pirâmide Financeira.

CRIME	ARTIGO/INCISO	PENA
Contra a Economia Popular	Lei – 1.521/51	Detenção de 6 meses a 2 anos e multa.
Falsidade Ideológica	Código Penal	Reclusão de 1 a 3 anos e multa.
Quadrilha ou Bando	Código Penal	Reclusão de 1 a 3 anos.
Estelionato	Código Penal	Reclusão de 1 a 5 anos e multa.
Lavagem de Valores “Dinheiro”	Lei – 9.613/98	Reclusão de 3 a 10 anos e multa.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Louvável é ressaltar que o crime de Pirâmide Financeira, fere essencialmente o Princípio da Confiança⁹. Haja vista, que o interesse dos investidores ao esquema, se dá na confiança a quem está apresentando ou mesmo oferecendo, uma contra partida financeira tentadora aos indivíduos prospectados.

Portanto, cada indivíduo, em sociedade, deve cumprir e acreditar que o outrem, venha a cumprir seu papel no meio social. Pois, caso contrário, o contrato social torna-se insustentável, colocando o ser humano na impossibilidade de praticar condutas simples e cotidianas.

⁹ Conforme Capez (2011, p. 232) “as pessoas agem de acordo com a expectativa de que as outras atuarão dentro do que lhes é normalmente esperado”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O esquema de Pirâmide Financeira é um golpe gravíssimo, seja pela possibilidade de ter como vítimas indivíduos, potencialmente, de erário reduzido e baixíssima educação, onde, enxergam a possibilidade de ganhar dinheiro rápido e uma ascensão social. Seja, pela expectativa de atingir a grande massa populacional, em diversas classes, como um vírus letal a economia popular de um local, região ou de todo país.

Apesar de tais estruturas fraudulentas, conseguirem operar suas atividades por algum tempo, esses esquemas, tendem a se desmantelar. Contudo, deixa como consequência um prejuízo substancial de longo prazo. Prova disso, contrariamente, são as empresas legítimas que operam no Brasil. A maioria delas, legitimamente constituídas, entram em falência mediante problemas como: a demanda, concorrência e efeitos do mercado em geral. Não há de considerar que, o negócio legítimo que declara falência pelo simples motivo de falta investidores ou divulgadores do negócio, já estruturado.

Atualmente alguns “possíveis” esquemas de Pirâmide Financeira no Brasil, que ainda estão passando pelo processo de investigação, justificam a licitude de seu negócio, com o recolhimento de tributos¹⁰ ao Estado. Ora, o tributo, constitui uma finalidade arrecadatória que intervém em pontos sociais e econômicos. Ou seja, se uma pessoa natural ou jurídica, obtenha uma disponibilidade econômica ou rendimentos, tem que pagar o imposto de renda¹¹.

Quando o dispositivo do Art. 43º do Código Tributário Nacional, diz “proventos de qualquer natureza” refere-se que, os rendimentos assim tributados, poderão ser de atos ilícitos ou até mesmo criminosos. Assim, a Lei tributária leva em consideração a capacidade de contribuição da pessoa, seja natural ou jurídica. Portanto, para Lei tributária interessa é a afinidade econômica existente em um negócio jurídico. Pois, como preleciona o Art. 118¹², inciso I do Código Tributário Nacional, não interessa ao legislador da norma a incidência do tributo, a natureza do ato, seja ele lícito ou ilícito.

¹⁰ Segundo Brasil (2013, p. 711) no Art. 3º que o “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

¹¹ De acordo com Brasil (2013, p. 714) diz o Art. 43º que “o imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica”

¹² Conforme Brasil (2013, p. 722) que “a definição legal do fato gerador é interpretada a abstratando-se: Inciso I – validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”.

No Brasil, atualmente, o motivo de surgirem diversos esquemas de Pirâmide Financeira é principalmente pela falta de fiscalização. Se à atividade ilegal fosse efetivamente monitorada (fiscalizada) pelas agências responsáveis, não haveria essa expansão delitosa tão expressiva em todo território nacional.

Outro fato, é que se não houvesse interesses para aderir ao esquema, pela população, a prática delitativa não estaria plena atividade no Brasil. Pois, sendo um país subdesenvolvido, de grande diferença social, cultural, regional e econômica, esses esquemas conseguem um habiente adequado para desenvolver por algum tempo essa infração penal.

A ingenuidade, a boa-fé e a ignorância contribuem para materializar o golpe. Os investidores no desejo adquirem dinheiro rápido e fácil são ludibriados com expectativas sedutoras e falsas para aderirem ao esquema. Principalmente, quando no esquema, os primeiros investidores apresentam ganhos que, servirão de *isca* para atraírem possíveis novos investidores para o golpe piramidal.

Uma consequência perceptível com o esquema é o desaquecimento econômico no local ou região. Cidades de pequeno e médio porte começam a sofrer com a evasão e falta de circulação de divisas no seu centro comercial. Pois, o esquema de Pirâmide Financeira, retirar uma grande quantidade de pecúnia do mercado, sendo que, o dinheiro poderia ser aplicado para investimentos no consumo, na sociedade e na economia regionalizada.

É necessária uma jurisprudência efetiva, conjurando a interpretação e à aplicação da lei para o caso concreto que, se subordine ao julgamento da justiça. Dessa forma, com as normas existentes já reguladas, possa-se coibir esse golpe que tem dizimado patrimônios. Cabe ao Estado, o controle e até descontinuação das atividades dessas empresas. Pois, elas nascem como a imagem do “Eldorado”, mas com o passar do tempo, a pseudo-oportunidade, se torna numa patologia que poder deixar sequelas permanentes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, A. R. B. *O conceito de crime*. Teresina: Jus Navigandi. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/3705>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

ALMEIDA, E. F.; VAZ, D. R. *Teoria do crime: conceito de crime*. Sergipe: UNIT, 2010. Disponível em:<http://www.unit.br/Publica/2010-2/HS_TEORIA_DO_CRIME.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDAS DIRETAS (ABEVD). 2013. Disponível em:<<http://www.abevd.org.br/htdocs/index.php>>. Acesso em: 21 out. 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR 6022: informação e documentação: apresentação de publicações periódicas*. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR 6023: informação e documentação: referências bibliográficas*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das seções de uma documento*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 6028: informação e documentação: resumos*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 10520: informação e documentação: apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, 2003.

BITTENCOURT, M. A. L. *Normas técnicas para elaboração de trabalhos acadêmicos*. Ilhéus-BA: Editus, 2010. 91 p.

BRASIL. Código Penal e Código Tributário Nacional. Organização de textos, notas remissivas e dos textos integrais das Emendas Constitucionais. In: *Vade Mecum: obra coletiva*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal: parte geral (Arts. 1º a 120)*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Boletim de proteção do consumidor/investidor: Investimentos irregulares*. Secretaria do Direito Econômico. Ministério da Justiça. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Disponível em:<<https://www.cvm.gov.br%2Fport%2Finfos%2FBoletim%2F>>. Acesso em: 21 out. 2013.

DUDA, M. *Marketing multinível X Pirâmide financeira*. 2013. Disponível em:<www.marcosduda.com.br/marketing-multinivel-piramide-financeira/>. Acesso em: 16 set. 2013.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013, p. 142.

LAKATOS; E. M; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDONÇA, H. J. L. *Juízo de tipicidade do sequestro relâmpago*. Monografia do Curso de Especialização Direito Penal e Processual. Ceará: UECE, 2007.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretária de Acompanhamento Econômico: *Pirâmide Financeira*. Nota técnica nº 60. Brasília: COGAP/SEAE, 2013. p. 19. Disponível em:<https://www.seae.fazenda.gov.br%2Fnoticias%2Fnt60seae.pdf&e_i=UdZIUpxYJ4SC9QS8wYF4&usg=AFQjCNGc9VoR1yBf5buW1GnxFSXNHyyppA&bvm>. Acesso em: 21 out. 2013.

SANTOS, W. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TELES, N. M. *Direito Penal III: Crimes de Falsidade Ideológica, Quadrilha ou bando e Estelionato*. Disponível em:<<http://www.neymourateles.com.br/direito-penal/>>. Acesso em: 21 out. 2013.

o dispositivo de norma de eficácia condicionada à declaração de inconstitucionalidade de outra norma: técnica legislativa a favor da harmonização dos poderes e da segurança jurídica

Igor Silveira Santana Santos¹

RESUMO

O presente artigo propõe a utilização de uma técnica legislativa aqui nomeada como *dispositivo de norma de eficácia condicionada à declaração de inconstitucionalidade de outra norma*. Para tanto, inicia abordando o princípio da separação dos poderes, desde como explicitado por Montesquieu até o conceito atual, que abarca a possibilidade de produção normativa por parte do Poder Judiciário, especialmente na jurisdição constitucional. Neste cenário, foram desenvolvidas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade com o objetivo de valorizar a primazia normativa do legislador e de prover segurança jurídica. Embasado nesta ideia, propõe-se uma técnica legislativa consubstanciada na inclusão de antemão de um dispositivo legal com vistas a regular o objeto de um enunciado normativo que pode vir a ser impugnado e declarado inconstitucional. Seria, portanto, um ato legislativo afetado por uma condição suspensiva, dependendo a eficácia da norma veiculada da declaração de inconstitucionalidade da norma à qual faz referência.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

PALAVRAS-CHAVE: Tripartição dos poderes; controle de constitucionalidade; técnica legislativa; dispositivo de norma e eficácia condicionada.

ABSTRACT

This article proposes the utilization of a legislative technique called *provision of effects conditioned by the pronouncement of unconstitutionality of other provision*. Therefore, it begins analyzing the separation of powers as suggested by Montesquieu and its contemporary meaning which includes the possibility of normative production by the judiciary, especially under the judicial review. In this scenario, some techniques were developed aiming to valorize the priority of normative production by the legislator and to provide the rule of law. Based on this idea, it is proposed a legislative technique which previously includes a legal provision aiming to rule the object of a provision that may be pronounced unconstitutional. So, it would be an legislative act affected by a suspensory condition which has its effect depending on the pronouncement of unconstitutionality of the provision related.

KEYWORDS: Separation of powers; Judicial review; Legislative technique; Provision of conditioned effects.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, muito tem sido discutido acerca do processo de hipertrofia do Poder Judiciário, especialmente no que se refere ao ativismo judicial e ao principiologismo desordenado. Este é um tema intensamente debatido, originando diferentes posições médias entre os extremos do protagonismo judicial e da prerrogativa exclusiva do Poder Legislativo para criação normativa.

É de se constatar, contudo, que a cultura jurídica como um todo está mais voltada para as atividades judicantes do que para a produção legislativa. As próprias Faculdades de Direito não valorizam disciplinas voltadas à legística – a ciência que trata da elaboração e aprimoramento das leis. Formam-se advogados, defensores, juízes, promotores, procuradores, fiscais, entre outros, mas não legisladores (ou seus assessores). O estudo está voltado para o processo, e não para a elaboração da lei. Dentro deste cenário, é natural que a grande parte dos problemas do ordenamento jurídico venha a ser solucionada na via judicial, com atuação criativa dos órgãos julgadores.

Quanto mais se vislumbra leis mal elaboradas, qualquer que seja o vício – até mesmo de representatividade da vontade popular – também mais se constata o aumento no protagonismo judicial como forma de resolver adequadamente os problemas jurídicos. Em decorrência deste fato, os estudos relacionados ao Direito devem valorizar mais o processo legislativo, contribuindo com proposições que possam propiciar maior harmonização entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Uma técnica legislativa que vise a esta finalidade é o objetivo deste trabalho.

2. LEI, PRODUÇÃO NORMATIVA E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

O princípio da separação dos poderes², no ideal iluminista de Montesquieu, tinha como concepção básica a ideia de que o representante eleito seria o responsável para deliberar sobre os assuntos gerais da sociedade em uma democracia. (MONTESQUIEU, 2000, p. 171) Este pensamento acarretou a adoção da predominância da lei positiva como fonte do Direito, passando o juiz a ter uma função subordinada. (MONCADA, 2002, p. 68-69) Assim, para Montesquieu

2 Não se ignora a existência de críticas à locução “separação dos poderes” ou mesmo a sugestão de outros termos, por exemplo: KELSEN (2000, p. 385-386); FALCON; TELLA (2011, p. 120); SILVA NETO (2013, p. 404-405). Entretanto, não sendo a investigação acerca da nomenclatura do princípio em questão o ponto principal deste trabalho, preferiu-se a utilização do termo mais consagrado.

(2000), o órgão julgador seria apenas a boca que pronunciaria as palavras da lei (Ibid, p. 175), mero exegeta da vontade do legislador (Ibid, p. 69), castigando os crimes e julgando as querelas entre particulares. (Ibid, p. 168)

Nesta concepção, havia identidade entre legalidade e legitimidade, ou seja, a lei legitimava todas as atividades e funções do Estado. (Ibid, p. 71) Montesquieu (2000) sustentava que “no governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei” (Ibid, p. 87), ao passo que seria dever do legislador “acompanhar o espírito da nação” (Ibid, p. 317), visto que o Poder Legislativo corresponderia à vontade geral do Estado. (Ibid, p. 169) O poder de julgar seria “de alguma forma, nulo.”. (Ibid, p. 172)

Esta concepção de separação dos poderes perdurou por muito tempo, até que se percebeu a gravidade da outorga de tanto poder ao órgão legislativo. Como forma de frear o legalismo desprovido de uma concepção material de justiça, ganhou força o movimento de valorização constitucional (BARROSO, 2009, p. 263-265), que significou uma limitação do poder do legislador, tendo por observação que ele também poderia ser inimigo da liberdade (MONCADA, 2002, p. 86), não só pelos próprios desígnios dos representantes – que pode nem sempre corresponder aos dos representados – mas também porque mesmo a maioria pode tomar decisões violadoras de direitos constitucionais. (LORENZETTI, 2010, p. 334)

Desta forma, a *leitura mais ortodoxa* do princípio da separação dos poderes, proposta por Montesquieu foi superada, acarretando um Poder Judiciário que adentra a seara antes reservada apenas ao Legislativo ou ao Executivo. (SARMENTO, 2010, p. 390-391) Diversos temas que eram resolvidos exclusivamente pela via legislativa passaram a ser da alçada dos órgãos julgadores (MARMELSTEIN, 2011, p. 392-393), como forma de garantir o cumprimento dos preceitos contidos na Constituição Federal (CAMBI, 2011, p. 182), que passa a ter sua força normativa reconhecida. (HESSE, 1991) Ademais, a própria ideia de que, em uma sociedade em constante transformação, não é possível ao legislador prever todas as possibilidades fáticas futuras, revela a imprescindibilidade da produção normativa dos juízes (CAMBI, 2011, p. 132-133), os quais, na ausência de lei, podem efetivar determinados preceitos constitucionais. (MARMELSTEIN, 2011, p. 294) Não apenas nos casos de lacuna legislativa, mas também nos casos de conflito entre normas, imprecisão da linguagem e decisão contrária à lei. (ALEXY, 2013, p. 19-20)³

Neste contexto, a jurisdição constitucional ganha relevância, traduzindo-se a assunção por parte dos juízes de uma importante posição na produção

³ Em relação à argumentação *contra legem*, cf. BUSTAMANTE (2005, p. 169 e ss).

normativa (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 92-96)⁴, passando as suas sentenças a ter não apenas efeitos negativos (cassatórios), mas também constitutivos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1038)⁵, obscurecendo os limites clássicos estabelecidos entre justiça e legislação. (MONCADA, 2002, p. 96) Ao ponderar princípios, mormente na ausência de lei, a jurisprudência consolida posições que deverão ser observadas nos julgamentos futuros (SARMENTO, 2004, p. 286), consubstanciando verdadeira norma.

Esta alteração, contudo, não foi suficiente para afastar correntes do pensamento jurídico que rejeitam a ideia de criação normativa por parte dos tribunais (TELLA, 2011, p. 120-121)⁶, chegando a reservar ao Judiciário uma função meramente mecânica de aplicação das leis⁷, possivelmente embasados na concepção de Montesquieu, para quem sempre existe arbitrariedade onde o juiz é o legislador. (2000, p. 168)

O aumento na produção normativa por parte do órgão julgador – o qual assume, por vezes, a posição do legislador – acarreta críticas constantes acerca da separação dos poderes, especialmente por parte dos membros dos órgãos legislativos. (KIMMINICH, 1990, p. 283-285)⁸ Há uma preocupação que o poder do juiz de se embasar nos princípios para não aplicar a lei infraconstitucional acabe por criar um “‘oba-oba’ constitucional”, atingindo a liberdade de conformação do legislador. (MARMELSTEIN, 2011, p. 395)⁹

É certo, que a discricionariedade do Judiciário não pode ser ilimitada, resultante de uma atividade interpretativa, exclusivamente baseada na subjetividade do intérprete. (LORENZETTI, 2010, p. 68) Do contrário, resultaria simplesmente em arbitrariedade. (CASTRO, 2004, p. 41) Entretanto, há de se perceber que sem jurisdição constitucional não existe um Estado de Direito, mas somente um Estado de Legalidade: é necessário que haja um órgão de controle independente para aferição da constitucionalidade das leis (KIMMINICH, 1990, p. 285-286); um órgão que tem o dever de sempre respeitar as escolhas efetuadas pelo legislador, desde que, evidentemente,

4 Cf. também: CASTRO (2004, p. 111-149). A autora aponta o surgimento de novas técnicas de interpretação constitucional no Conselho Constitucional Francês e na Suprema Corte Italiana que pareciam reescrever a lei, acarretando em críticas a respeito da falta de legitimidade.

5 São citadas como exemplo as ADIs 1.105 e 1.127, sobre o Estatuto da OAB, cuja decisão do STF, ao fazer referência à interpretação conforme à Constituição, “acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convalidando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei”.

6 A autora faz um breve resumo dos principais argumentos contrários e a favor do reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito, afirmando que “a jurisprudência não cria normas, limita-se a interpretá-las e aplicá-las, enquanto a fonte, sim, as cria”. Cf. também: HABERMAS (1997, p. 314). O autor sustenta a impossibilidade de o tribunal constitucional criar direito inspirado politicamente, o que só estaria reservado ao legislador democrático.

7 Conforme constata MARMELSTEIN (2011, p. 274).

8 O autor faz esta constatação à análise da realidade alemã e da atuação do *Bundesverfassungsgericht*.

9 Cf. também: MÜLLER (2011, p. 76), quem sustenta que a ponderação “(...) frequentemente desemboca num decisionismo irracional por falta de recursos metódicos auxiliares mais precisos”.

estas estejam contidas nos limites constitucionais. (MONCADA, 2002, p. 148) A jurisdição constitucional implica reconhecimento de uma ampla liberdade do legislador, devendo o Judiciário atuar somente em casos de notória arbitrariedade ou ofensa às decisões valorativas do constituinte. (KIMMINICH, 1990, p. 290)

É de se referir ainda que, de toda forma, o princípio da separação dos poderes tal qual defendido por Montesquieu é ressalvado mesmo que não se leve em consideração a jurisdição constitucional. (Ibid, p. 291)¹⁰ Vírgílio Afonso da Silva sustenta que a concepção estanque de Montesquieu “não faz mais sentido há muito tempo”, sendo uma visão anacrônica de separação de poderes. (SILVA, 2007, p. 130)

Assim, ainda que cada um dos poderes tenha uma função típica, precípuamente, torna-se possível exercerem competências que, adotado o rigor de Montesquieu, não lhes caberiam. (SILVA NETO, 2013, p. 406-407) Embora o Poder Legislativo seja, em geral, o órgão responsável pela criação de leis, a função legislativa (no sentido de elaboração de enunciados normativos) é constitucionalmente distribuída entre os outros poderes, não possuindo o Poder Legislativo monopólio na criação de normas gerais, apenas uma posição favorecida. (KELSEN, 2000, p. 389-390)¹¹ Em geral, a Constituição institui normas básicas, mais abertas, cabendo à deliberação democrática, baseada no pluralismo político, determinar qual a melhor forma de concretizar os comandos constitucionais. (BARCELLOS, 2006, p. 20-81) Esta primazia da produção normativa pelo Poder Legislativo é calcada no fato de que os juízes não possuem a mesma legitimidade democrática, visto que eles não são eleitos e exercem suas funções por tempo indeterminado. (CAMBI, 2011, p. 197)

É de se observar, contudo, que também os órgãos legislativos não gozam de tanta legitimidade democrática como propõe a ciência política. Existe um grande déficit de representatividade (SARMENTO, 2010, p. 397)¹², sendo sabido que o legislador, em regra, não é imparcial, servindo a interesses que não necessariamente são os do público em geral. (MONCADA,

10 O autor aponta que a Lei Fundamental de Bonn, por exemplo, estabelece ao Executivo competências legislativas, ao Judiciário e ao Legislativo competências executivas. A mesma conclusão resulta da análise da Constituição brasileira, conforme atesta SILVA NETO (2013, p. 407), pontuando que o Legislativo administra e julga (v.g. ao expedir atos administrativos e julgar crimes de responsabilidades), o Executivo legisla e julga (v.g. ao editar medidas provisórias e julgar processos administrativos disciplinares), e o Judiciário legisla e administra (v.g. quando cria seu regimento interno e decide sobre o preenchimento de cargos do próprio Poder).

11 À altura em que escreveu a obra, Kelsen apontava apenas dois exemplos de função legislativa do Poder Judiciário: a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de lei e a fixação de normas gerais através dos precedentes.

12 O autor afirma que “(...) uma série de fatores – que vão da influência do poder econômico nas eleições, até a apatia e distanciamento do cidadão em relação à *res publica* – tende a segregar os representantes dos representados, minando a crença de que os primeiros vocalizariam na esfera política a vontade dos segundos.

2002, p. 161) As leis são pactuadas para conseguir o apoio social e político necessários para o portador do mandato e seu partido. (CAMBI, 2011, p. 183-184) No cenário brasileiro, a relação entre povo, legitimidade e legislador está longe de um estado mais avançado, caracterizado por uma verdadeira democracia participativa, como propõe Paulo Bonavides (2001)¹³. Este fenômeno, para longe de se restringir ao Brasil, também é observado em outros países, chegando Kelsen (2000, p. 413-418) a por em dúvida se alguma das democracias “representativas” existentes no mundo são, de fato, representativas. Entretanto, malgrado haja certa desconfiança e ressalvas (MARMELSTEIN, 2011, p. 11)¹⁴, o legislador continua sendo apontado como o principal legitimado a exercer a vontade da maioria¹⁵, consubstanciando a essência do sistema democrático “[...] que as decisões fundamentais para a vida em sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo, instituição fundamental do regime democrático representativo.”. (MENDES, 1993a, p. 255) Ou seja, as normas estabelecidas pelo legislador possuem maior legitimidade democrática para regular situações gerais, sendo preferíveis nos regimes democráticos àquelas oriundas dos tribunais¹⁶.

A exposição realizada neste tópico teve por objetivo demonstrar de forma convincente que, embora tenha ganhado ressonância o entendimento de que o Poder Judiciário nas jurisdições constitucionais é também responsável pela criação normativa, é o Poder Legislativo o órgão que detém a primazia no que se refere à produção normativa, visto gozar, ao menos teoricamente, de maior legitimidade (no sentido de tradução da vontade popular). Compete ao legislador prioritariamente ponderar os princípios constitucionais para estabelecer as normas legais que devem ser observadas pela sociedade, dentro da margem que lhe é constitucionalmente possível.

13 Cf. também: CANOTILHO (2003, p. 288-294).

14 O autor pontua que “o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos”. Acrescenta ainda que os parlamentares estão sujeitos aos mais variados tipos de pressões políticas, inclusive financeiras, por parte dos grupos econômicos que custeiam suas campanhas eleitorais (p. 273).

15 Neste sentido: MONCADA (2002, p. 94), para quem a lei “(...) corporiza a vontade representativa do povo em geral (...)”; KELSEN (2000, p. 403), quem sustenta estar todo o poder concentrado no povo e, não sendo possível a democracia direta, o órgão colegiado representativo deve ser eleito pelo povo e ser juridicamente responsável para com ele; CARVALHO (2007, p. 5), quem afirma que o princípio democrático legitima o domínio e o exercício do poder do Estado; CAMBI (2011, p. 197), sustenta que “Os detentores de mandato político submetem suas decisões políticas à opinião pública, estando vinculados à vontade popular, a qual precede as escolhas dos governantes”; MÜLLER (2011, p. 69-71), explica que a concretização da norma mais adequada no Estado de Direito seria tarefa do legislador democrático; LORENZETTI (2010, p. 334), quem defende que até mesmo por uma noção do senso comum “a democracia funciona com base no respeito às decisões da maioria”;

16 CANOTILHO (2003, p. 256) chega a fazer referência a um “princípio da prevalência de lei”, mas apenas acena, neste ponto, à preferência que tem a lei sobre os atos da administração.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E TÉCNICAS DE DECISÃO

O controle de constitucionalidade, conforme já referido, visa a estabelecer, primordialmente, limites à atividade do Poder Legislativo, assegurando a supremacia da Constituição e sua força normativa. (CANOTILHO, 2003, p. 890)

O ponto mais importante para o desenvolvimento deste trabalho no que se refere ao controle de constitucionalidade é a análise dos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade. Tradicionalmente, o ato inconstitucional é entendido como *nulo*, tendo a decisão efeito meramente declaratório, com eficácia retroativa (*ex tunc*) tanto no controle difuso (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 168-170)¹⁷ quanto no concentrado. (MENDES, 1995a, p. 19-25) Assim, caso o órgão julgador entenda que o legislador violou normas constitucionais, só lhe resta declarar a nulidade do ato e conferir efeitos retroativos, atingindo todas as relações jurídicas fundadas no ato impugnado.

Esta aplicação binária, contudo, foi sendo gradualmente alterada (NEVES, 2007, p. 170), em especial pelo protagonismo do Tribunal Constitucional Alemão. (MENDES, 1995b, p. 33)¹⁸ Considerando a necessidade de se manter o equilíbrio entre os Poderes, bem como a concretização dos preceitos constitucionais, a doutrina e jurisprudência alemã desenvolveram algumas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade que pudessem aproveitar ao máximo o ato do Poder Legislativo. São exemplos o apelo ao legislador (Ibid, p. 32-51), a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (MENDES, 1993b, p. 61-84) (sendo possível também a modulação dos efeitos temporais), a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1300-1309, 1319-1321), sendo que algumas destas técnicas foram expressamente incorporadas pelo direito positivo brasileiro.¹⁹ Mediante o uso delas, o reconhecimento de alguma inconstitucionalidade – presente ou por vir – no dispo-

17 Contudo, a análise de FARBER e SHERRY (2009, p. 12) mostra que o controle judicial dos atos do Executivo e do Legislativo já era algo comum antes deste caso, vindo os juízes a utilizar desta prerrogativa para moldar o federalismo americano, o equilíbrio entre os poderes e entre os poderes estatais e os direitos individuais.

18 O autor assenta que nenhum outro sistema de controle constitucional do mundo desenvolveu uma gama tão grande de técnicas de decisão.

19 Cf. a Lei N. 9.868/99, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, especialmente os Art. 27º e 28º, parágrafo único.

sitivo [na interpretação do mesmo]²⁰ passou a não necessariamente implicar declaração de nulidade e efeitos *retroativos* da sentença, sendo esta uma consequência possível – e não obrigatória – daquela. (CANOTILHO, 2003, p. 953) Importante referir também que o uso dessas técnicas – ou, ao menos, parte delas – não se mostra incompatível com o controle difuso. (MENDES, 1993c, p. 13)

O que é mais relevante para o desenvolvimento deste trabalho é que o uso das referidas técnicas está voltado tanto para a manutenção do equilíbrio entre os poderes, no caso o Legislativo e o Judiciário, quanto para valorizar o imperativo de segurança jurídica. (SILVA NETO, 2013, p. 172-174, 288-289) A técnica da interpretação conforme à Constituição, por exemplo, prestigia a presunção *relativa* de constitucionalidade da lei (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 244), resguardando “a delicada relação do poder judiciário com o poder legislativo.”. (BONAVIDES, 2001, p. 254)

Ao fim deste breve tópico, pode-se concluir, portanto, que as referidas técnicas de decisão possuem dois objetivos principais, ainda que em intensidades variáveis: harmonizar a divisão dos poderes e promover a segurança jurídica.

20 Embora haja na doutrina atual certa concordância de que norma e texto não se confundem, sendo aquela o resultado da interpretação deste, ainda existe na cultura jurídica o costume de fazer referência à inconstitucionalidade do texto (do dispositivo, do artigo etc.). Qualquer menção que seja feita neste sentido no presente trabalho (v.g. o artigo é inconstitucional), deve ser entendida como inconstitucionalidade de todas as possibilidades interpretativas do texto em questão.

4. DISPOSITIVO DE NORMA DE EFICÁCIA CONDICIONADA À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE OUTRA NORMA

Constatando-se que a jurisprudência passou a adotar técnicas no controle de constitucionalidade que visavam a fortalecer tanto o princípio da separação dos poderes quanto o da segurança jurídica, é de se questionar se não poderia o legislador, na própria elaboração da lei, também adotar técnicas almejando pela mesma finalidade.

Observa-se, por exemplo, que quando o legislador utiliza a técnica legislativa das cláusulas gerais, ele está objetivando deixar o texto legal mais aberto, abstrato, de modo que ele possa tanto abarcar situações fáticas não pensadas pelo legislador quanto para que o texto possa se adaptar às mudanças futuras, sejam históricas ou valorativas. (LORENZETTI, 2010, p. 172-173)²¹

Voltando-se ao objetivo fixado neste trabalho, que é reforçar a divisão de poderes e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade, é possível que o legislador, quando da elaboração da lei, já estabeleça um dispositivo com vistas a regular o objeto de outro dispositivo que venha a ter todas as suas possibilidades interpretativas declaradas inconstitucionais por um órgão julgador. Para longe de ser uma questão meramente teórica, esta construção tem uma aplicação prática potencialmente importante.

Toma-se como exemplo as leis que garantem o atendimento em quinze minutos em agências bancárias²², comum em diversos municípios do país. Os tribunais já se debruçaram sobre o tema e têm reconhecido a constitucionalidade desta medida, não apenas quanto à competência, mas também quanto ao conteúdo²³. Ou seja, aceitaram a ponderação do legislador de que esperar mais que quinze minutos na fila bancária violaria a proteção do consumidor.

Embasado nesta ideia, o vereador de um determinado município poderia também resolver formular uma lei que proibisse filas demoradas nos supermercados²⁴. Ele pondera, entretanto, que normalmente as pessoas precisam ir mais vezes aos supermercados do que às agências bancárias (além de a maioria dos procedimentos bancários poderem ser feitos pela Internet ou pelo caixa eletrônico). Se existe uma necessidade maior de utilização dos supermercados (e conseqüentemente de esperar nas filas), parece ser justifi-

21 Cf. também: DIDIER JÚNIOR (2013, p. 128-129).

22 A exemplo, a Lei do Município de Salvador N. 5.978/01, que dispõe sobre o atendimento de usuários nas agências bancárias do Município.

23 A exemplo: TRF da 1ª região, Quinta Turma, Apelação Cível n. 0008137-24.2005.4.01.3300/BA, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, julg. 26.03.2012, e-DJF1 18.04.2012, p. 11.

24 A exemplo, a Lei do Município de Aracaju N. 3.490/07.

cável que haja um limite temporal menor para o atendimento nestes estabelecimentos do que nas agências bancárias. O vereador sabe que se estabelecer um limite muito pequeno, como um ou dois minutos, é grande a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo (de todas as suas possibilidades interpretativas), o que deixaria os cidadãos desamparados quanto ao objeto em questão até que um novo – e normalmente demorado – processo legislativo estabelecesse um limite maior. Assim, decide o legislador, como forma de melhor prover a proteção ao consumidor, por um Artigo na lei com o seguinte teor: “Art. 2º O tempo máximo de espera dos usuários nas filas para atendimento em todos os caixas de supermercados será de até 05 (cinco) minutos”. Entretanto, por precaução, elabora outro Artigo, com o conteúdo: “Art. 3º Em caso de declaração de inconstitucionalidade do artigo anterior, o tempo máximo de espera dos usuários nas filas para atendimento em todos os caixas de supermercados será de até 10 (dez) minutos”.

A inserção de dispositivo que visa à regulação subsidiária pode ocorrer também em momento posterior à elaboração da lei, quando surgirem questionamentos fundados acerca da sua constitucionalidade. Como exemplo, analisa-se o caso da progressão de regime nos casos de crimes hediondos. A Lei 8.072/90 entrou em vigor no ano em que foi publicada. Dois anos depois, em 1992, já chegava ao Supremo Tribunal Federal à discussão acerca da inconstitucionalidade do então § 1º do Art. 2º da referida lei²⁵ – que impossibilitava a progressão de regime de execução da pena no caso de crimes hediondos – sob a alegação de que violaria o princípio da individualização da pena²⁶. Ainda naquele ano, a questão foi apreciada pelo Plenário²⁷, já naquela oportunidade suscitando divergência fundada.

A partir de então a tese foi ganhando ressonância na doutrina e na jurisprudência, tendo culminado, em 2006, com a declaração de inconstitucionalidade da norma do referido dispositivo pelo Pleno do STF²⁸. No ano seguinte entrou em vigor a Lei 11.464/07, que alterou o § 2º do Art. 2º²⁹, para estabelecer um mínimo de cumprimento de dois quintos da pena, se o condenado fosse primário, ou três quintos, se reincidente, para ocorrência da progressão de regime aos condenados por crime hediondo. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 1332).

25 Dispõe o Art. 2º, § 1º: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

26 STF, Segunda Turma, HC 69.377/MG. Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. 03.11.92, Dj. 16.04.1993.

27 STF, Tribunal Pleno, HC 69.657/SP. Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.92, Dj. 18.06.93.

28 STF, Tribunal Pleno, HC 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 23.02.2006, Dj. 01.09.2006. Ainda que em controle difuso, a tese passou a ser adotada como se proferida em controle concentrado.

29 Dispõe o art. 2º, §2º: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Entretanto, para a progressão de regime pelos crimes hediondos cometidos antes da nova lei, entendeu o STF que deveria ser aplicado o critério temporal geral, de um sexto³⁰, que era o previsto para os crimes em geral, não hediondos³¹.

Se a intenção do legislador sempre foi manter um regime mais gravoso em relação aos crimes hediondos³², deveria ele ter atentado que a tese da inconstitucionalidade da vedação absoluta à progressão de regime relativa aos crimes hediondos estava ganhando força. Ainda que entendesse que esta vedação não seria inconstitucional, a ponto de alterar de logo o dispositivo, poderia, por precaução, elaborar um enunciado subsidiário, com vistas a manter o maior rigor desejado aos crimes hediondos em caso de declaração de inconstitucionalidade, de formar a não haver um hiato legislativo onde os crimes hediondos estariam equiparados aos demais (maior rigor que voltou a ser estabelecido posteriormente à decisão do STF).

Os exemplos expostos mostram situação de precaução contra uma possível inconstitucionalidade *quantitativa*. Esta ideia abarca igualmente a possibilidade de utilização do dispositivo subsidiário em casos que envolvam tributos, quantidade de pena, valores pecuniários, distância, frações, percentuais, enfim, tudo que possa ser apreciado quantitativamente.

A técnica aqui proposta, contudo, também pode se referir a situações *qualitativas*, cujos meios para chegar ao objetivo pretendido são de espécies diferentes. Por exemplo, o Art. 5º da Lei 10.034/09 foi aprovado para, por meio da adoção de voto impresso após a utilização das urnas eletrônicas, possibilitar auditoria independente destes aparelhos nas eleições do país, visando ao aumento da confiabilidade do processo³³.

30 STF, Tribunal Pleno, RE 579.167/AC. Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 16.05.2013, DJe 18.10.2013. Sobre o tema, o STJ editou a súmula n. 471: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no Art. 112º da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

31 Art. 112º. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

32 Não se discute aqui se esta seria a melhor medida em termos de política criminal, mas essa parece ser a intenção do legislador, até mesmo por imposição do constituinte originário. (ARAÚJO, 2011, p. 172-173)

33 Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:

§ 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

§ 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

§ 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna.

Entretanto, ainda nos debates na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, houve fundadas dúvidas quanto à constitucionalidade do artigo³⁴. Poderia o legislador, por precaução e visando à maior idoneidade do processo, elaborar uma forma subsidiária para chegar ao mesmo fim, ainda que mais custosa ou trabalhosa (e, portanto, não preferível). O artigo terminou por ser julgado inconstitucional pelo STF³⁵ no final de 2013, não podendo a referida auditoria independente ser realizada nas eleições de 2014 – conforme se pretendia –, nem havendo tempo hábil para elaboração de enunciado normativo substitutivo.

Percebe-se do quanto exposto que o tipo de dispositivo referido neste artigo se equipara a uma cláusula com condição suspensiva, tendo sua eficácia condicionada a evento futuro e incerto (SANTOS; CASCALDI, 2011, p. 96), isto é, ela só produzirá efeitos se e quando declarada a inconstitucionalidade de todas as possibilidades interpretativas do dispositivo ao qual se faz referência. Assim, no caso do controle concentrado, a norma do dispositivo subsidiário terá eficácia a partir da decisão do STF³⁶, ou do órgão de competente para o controle concentrado. No controle difuso, o órgão julgador, por declarar a inconstitucionalidade como qualquer outra questão prejudicial de mérito (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 317), já utilizará a norma do dispositivo subsidiário para solucionar a controvérsia. Não há qualquer problema ou ineditismo quanto à eficácia de um ato legislativo estar sujeito à condição suspensiva, como, por exemplo, ocorreria com o Art. 35º da Lei 10.826/03, caso aprovado em referendo.³⁷

Uma das oposições que podem ser feitas a esta técnica é que a elaboração prévia de um dispositivo para disciplinar o objeto regulado por outro dispositivo caso este venha a ter suas possibilidades interpretativas declaradas inconstitucionais poderia ter um significado político indesejado, configurando uma declaração prévia de inconstitucionalidade. Este argumento, contudo, não merece prosperar. E para chegar a esta conclusão basta fazer alusão à Ação Declaratória de Constitucionalidade. Se um dos legitimados ingressa com tal ação, certamente ele entende não

§ 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

34 Conforme destaca o voto da Relatora (p. 9-10) no acórdão: STF, Tribunal Pleno, ADI 4.543/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 06.11.2013.

35 STF, Tribunal Pleno, ADI 4.543/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 06.11.2013.

36 STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.576/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 23.06.2004, Dj. 20.08.2004, p. 38.

37 Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

haver qualquer vício na lei em questão – do contrário, ingressaria com Ação Direta de Inconstitucionalidade. Entretanto, ele não ignora o fato de haver controvérsia quanto à questão³⁸ e, para se *precaver*, propõe a ADC (podendo, inclusive, obter tutela de urgência). (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 519-521) E nem por isso a proposição da ação é vista como um reconhecimento pelo legitimado da inconstitucionalidade da lei. De igual forma, o legislador considerar que há ou poderá haver controvérsia não significa que ele considere que o ato legislativo esteja eivado de vício.

Esta técnica também tem grande relevância no controle difuso. É cediço que, quanto mais pessoas se debruçam sobre um texto legal, maior a possibilidade de um ou mais indivíduos visualizarem inconstitucionalidade. E, conforme já referido, a técnica aqui proposta pode servir para frear em alguma intensidade a ponderação do Judiciário que acaba criando normas. O exemplo encontra-se na jurisprudência decisões³⁹ que têm utilizado o *princípio da vedação ao confisco e da razoabilidade* para não aplicar a multa de setenta e cinco por cento prevista no Art. 44º, I da Lei 9.430/96⁴⁰. Entendendo que ela é excessiva, escolhem livremente outro valor, como vinte por cento. Um dispositivo subsidiário, como tratado neste trabalho, que estabelecesse um percentual menor para o caso de o órgão julgador entender inconstitucional⁴¹ o dispositivo primário contribuiria tanto para a segurança jurídica quanto para a harmonia entre os poderes.

Convém ressaltar que, de toda forma, nada impede que todas as possibilidades interpretativas do dispositivo com eficácia condicionada também sejam tidas como inconstitucionais; a sua inclusão não configura *salvo-conduto* para a ponderação do legislador. De outro lado, nada impede também que haja um dispositivo subsidiário a um dispositivo subsidiário, embora se deva perceber que a técnica referida requer muita cautela em sua utilização, devendo ser utilizado de forma esporádica, para não originar diplomas legais desnecessariamente mais extensos ou confusos.

38 A própria Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADC, estabelece, em seu art. 14, III, a obrigatoriedade da petição inicial indica “a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

39 TRF da 5ª Região, Tribunal Pleno, Incidente de inconstitucionalidade em apelação cível n. 303.007/02/RN, Rel. Des. Lázaro Guimarães, jul. 11.04.2007, DJ 11.06.2007, p. 420; TRF da 5ª Região, Primeira Turma, apelação em reexame necessário n. 18.512/CE, Rel. Des. José Maria Lucena, julg. 11.10.2012, DJe 18.10.2012, p. 125.

40 Art. 44º. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

41 É de se referir, contudo, que as decisões citadas aqui deixam de aplicar a regra legal por suposta falta de compatibilidade com princípios constitucionais, mas não declararam expressamente a sua inconstitucionalidade.

Conforme ficou demonstrado, a técnica aqui proposta não apenas contribui para o fortalecimento do princípio da separação dos poderes – ao aumentar a liberdade de conformação do legislador⁴² –, mas também para valorização do princípio da segurança jurídica, sendo este um elemento constitutivo do Estado de Direito, exigível perante todo e qualquer ato de qualquer dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. (CANOTILHO, 2003, p. 257) Mais especificamente ao que se propõe neste trabalho, pode-se afirmar que a segurança jurídica é um dos requisitos essenciais que devem ser observados na formulação de disposições legais. (MENDES, 1993a, p. 262)

O princípio da segurança jurídica abarca não apenas a estabilidade das relações jurídicas constituídas (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 703), correspondendo à irretroatividade das ações estatais, mas também uma dimensão “revelada pela calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos do poder público [...]” (RIBEIRO, 2011, p. 342-343)⁴³ É inegável que a técnica aqui proposta, ao propor solução de antemão para uma situação cujo preceito normativo regulador foi declarado inconstitucional, visa exatamente ao aumento da previsibilidade dos diplomas normativos. A antecipação da solução legal para os casos de declaração de inconstitucionalidade contribui para a concretização da segurança jurídica. Afinal, quando o Poder Legislativo elabora uma regra, esta regra tem, dentre outras funções, a de afastar a incerteza e reduzir a arbitrariedade. (ÁVILA, 2013, p. 121)

Deste modo, em sentido contrário à técnica da cláusula geral – que posterga a solução do caso – confiando que o órgão julgador terá maior formação e informação para resolver o problema (LORENZETTI, 2010, p. 172-173), a técnica aqui proposta promove uma antecipação da solução para o caso.

A utilização do dispositivo de norma de eficácia condicionada à declaração de inconstitucionalidade de outra norma justifica-se com base na ideia de que, ainda que o legislador seja cuidadoso, no momento de elaborar a lei, esta tarefa é sempre uma experiência. (MENDES, 1993a, p. 256) Não apenas quanto à sua eficácia social, mas também quanto à sua validade jurídica. Isto porque o órgão que elabora a lei não é o mesmo que irá decidir sobre a sua constitucionalidade. Uma legislação bem planejada requer não apenas um diagnóstico do problema, mas também um prognóstico da possibilidade do cumprimento de seus objetivos. (SOARES, 2007, p. 136)

42 Constata Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 71-72) que a necessidade de atenção à liberdade de conformação do legislador é tão forte, que, por vezes, a Corte Constitucional alemã utiliza a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* em casos nos quais haveria diversas alternativas possíveis para sanar a irregularidade, declarando não ser cabível atribuir o efeito mais gravoso, a nulidade, ao ato legislativo. Neste caso, contudo, a solução legal deverá sofrer todo um novo processo legislativo, aumentando a incerteza.

43 Cf. também: CANOTILHO (2003, p. 264-265), embora o autor faça maior referência concreta à coisa julgada.

E este prognóstico não deve ser feito apenas quanto às questões fáticas, mas também quanto às jurídicas. Existe, inclusive, na jurisdição constitucional, uma preocupação relativa ao fato de se, caso houvesse declaração de nulidade de parte de uma lei, ainda seria da vontade do legislador que o restante da lei continuasse em vigência mesmo sem os dispositivos impugnados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1299-1300) Com a adoção da técnica proposta neste trabalho, afasta-se esta incerteza, visto que o próprio legislador cuidou de regular o objeto em caso de declaração de inconstitucionalidade.

Um questionamento que deve ser feito em relação ao dispositivo de norma de eficácia condicionada à declaração de inconstitucionalidade de outra norma é em relação à sua aplicação frente a outras técnicas de decisão. Como visto, algumas técnicas de decisão tem a pretensão de resguardar o quanto possível o dispositivo impugnado, a exemplo da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Se houver a utilização desta técnica de decisão, há uma declaração (parcial) de inconstitucionalidade. Neste caso, estaria verificada a condição de eficácia da norma do dispositivo subsidiário? Em tais situações, o importante é visualizar se o objeto do dispositivo deixou de ser regulado. Assim, se o órgão julgador afastou algumas hipóteses de aplicação do ato legislativo, mas o objeto continuou a ser devidamente regulado, não se pode reputar verificada a condição para produção de efeitos da norma do dispositivo subsidiário.

Dentro deste raciocínio, também não se verifica reputada a referida condição suspensiva nos casos de interpretação constitucionalmente conforme, visto haver eleição de um dos significados dentre os plausíveis. (NEVES, 2007, p. 227) Entretanto, em relação à técnica de decisão de apelo ao legislador e à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, por estarem relacionadas à insuficiência ou à posterior falta de legislação sobre o objeto (MENDES, 1993b, p. 66-73), estas não podem ser utilizadas quando houver um dispositivo subsidiário do tipo exposto neste trabalho, salvo se houver consideração também acerca da inconstitucionalidade dele.

Este tópico teve por objetivo demonstrar a viabilidade teórica e a relevância prática da técnica do dispositivo de norma de eficácia condicionada à declaração de inconstitucionalidade de outra norma.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto no presente artigo, é possível concluir que:

1. A tripartição de poderes proposta por Montesquieu sofreu diversas modificações, inclusive no fato de que o Poder Judiciário, principalmente na jurisdição constitucional, é também responsável pela criação normativa.

2. Apesar deste fato, é o Poder Legislativo o órgão que detém a primazia no que se refere à produção normativa, visto gozar de maior legitimidade (no sentido de tradução da vontade popular), competindo prioritariamente ao legislador ponderar os princípios e interesses constitucionais para estabelecer os enunciados normativos legais que devem ser observados pela sociedade, dentro da margem que lhe é constitucionalmente possível.

3. Diversas técnicas de decisão foram desenvolvidas no controle de constitucionalidade, como forma de harmonizar a separação dos poderes, respeitando de forma mais intensa a função legislativa, e de priorizar a segurança jurídica.

4. De igual modo, pode o próprio legislador se utilizar de técnicas para valorizar sua primazia na produção normativa, a exemplo da proposta deste trabalho, o dispositivo de eficácia condicionada à declaração de inconstitucionalidade, com vistas a estabelecer previamente a solução normativa para a lacuna legislativa originada pela declaração de inconstitucionalidade de dispositivo impugnado.

5. Esta técnica legislativa possui viabilidade teórica e relevância prática, notadamente em observação à demora do processo legislativo e às possibilidades do controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3 ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 80-81 e 49-118.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia representativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 182.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. 4 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASTRO, Flávia Almeida Viveiros. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41.

CUNHA Jr., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 6 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 258.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JR., Fredir (Org.) *Ações constitucionais*. 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 451-539.

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls: principle and politics in constitutional law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e verdade*. v. 1, 4 ed. Flávio Beno Siebeneichler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Luís Carlos Borges (trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão dos poderes. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes (trad.). In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 105, jan./mar. 1990. p. 283-302.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2 ed. rev. Bruno Miragem (trad.); Cláudia Lima Marques (notas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional federal alemã. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 118, abr./jun. 1993. p. 61-84.

_____. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, 1995. p. 19-27.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apelo ao legislador na Corte Constitucional Federal alemã. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 10, 1995. p. 32-51.

- _____. Controle de constitucionalidade na Alemanha. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 193, jul./set. 1993. p. 13-32.
- _____. Questões fundamentais de técnica legislativa. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993. 255-271.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTESQUIEU. Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. Cristina Murachco (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, André Luiz Batista. *Interpretação conforme a Constituição e seus limites*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, 2007.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. A segurança jurídica na jurisprudência do STF. In: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 341-366.
- SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: *Leituras complementares de constitucional*. Marcelo Novelino (coord.). 4 ed. ampl. ver. atual. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 389-427.
- _____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 115-143.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro de otimização de uma melhor legislação. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, jan./jul. 2007. p. 124-142.

relação de prejudicialidade e influência das decisões no controle concentrado de constitucionalidade simultâneo

Fabício do Vale Barretto¹

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar, com enfoque processual civil, um caso especial de controle de constitucionalidade: a simultaneidade de ações diretas no controle concentrado nas esferas federal e estadual. Para tanto, inicialmente realiza-se um breve estudo das questões prévias prejudiciais e preliminares. Em seguida, estuda-se o controle concentrado, os parâmetros de controle e a competência para julgamento. Ato contínuo adentra-se especificamente no objeto de estudo com a hipótese de que o deslinde da ação direta de inconstitucionalidade proposta no Supremo Tribunal Federal vincula sempre a resolução no mesmo sentido do processo objetivo proposto na Justiça Estadual. Em seguida, verifica-se que há diversas variáveis que influenciam o deslinde do problema apresentado e chega-se à conclusão de que a questão prejudicial acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo emanado pelo poder público estadual pode até ser categorizada *a posteriori* como questão preliminar.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. Controle concentrado. Normas de reprodução obrigatória. Normas de imitação. Questão prejudicial. Questão preliminar.

¹ Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito/JusPODIVM. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado.

ABSTRACT

This paper aims to examine, with civil procedural approach, a special case of constitutionality control: the simultaneity of direct action in the concentrated judicial review in the federal and state levels. Therefore, initially there will be a brief study of the preliminary ruling issue and preliminary issue. Then will be studied the concentrated judicial review, control parameters and the jurisdiction to trial. Immediately thereafter, it enters specifically the object of study with the hypothesis that the judgement of Direct Unconstitutionality Action filed in the Supreme Federal Court always binds the judgment in the same way than the objective lawsuit proposed in the State Court. Then, it turns out that there are many variables that influence the solution of the presented problem, and this leads to the conclusion that the preliminary ruling issue on the unconstitutionality of laws or regulatory acts emanated from the state government may even be categorized after as a preliminary issue.

KEYWORDS: Constitutionality control. Concentrated judicial review. Compulsory reproduction constitutional rules. Imitation constitutional rules. Preliminary ruling issue. Preliminary issue.

1. INTRODUÇÃO

As questões preliminares e prejudiciais postas para solução judicial são fundamentais para o deslinde do processo. Em alguns casos, a resolução dos pontos controvertidos ou das questões que o magistrado é capaz de conhecer *ex officio* pode determinar a decisão final do processo, seja decretando o seu fim (questão preliminar), seja apontando para uma decisão de mérito a ser tomada (questão prejudicial).

No entanto, as questões a serem judicialmente dirimidas não se relacionam restritamente com o deslinde da própria causa e podem influenciar também a resolução de outras demandas com as quais mantém liame jurídico, cujo processo pode ser anterior, concomitante ou futuro. Nessas hipóteses, há relação de prejudicialidade ou, se for o caso, de preliminaridade entre as questões e ações.

Na generalidade dos casos, a questão prejudicial ocorre internamente, isto é, dentro do próprio processo. Sempre teremos prejudicialidade interna no controle de constitucionalidade. Nos outros, quando é externa, ou seja, entre demandas, o ideal é que a questão/causa prejudicial seja decidida antes da questão/causa prejudicada, pois o julgamento daquela orienta o sentido da decisão desta. É possível haver prejudicialidade externa no controle de constitucionalidade.

A presença da rigidez constitucional, que se apresenta quando o processo legislativo de emendas à Constituição é diverso e mais complexo do que o das demais espécies normativas, e da supremacia constitucional é *conditio sine qua non* para o controle de constitucionalidade, de forma que ambas podem ser encaradas como verdadeiros pressupostos para a aferição da compatibilidade entre a Lei e a Lei Fundamental, já que sem eles não existirá o controle de constitucionalidade.

Os dois pilares do controle são traços característicos tanto da Constituição Federal quanto das Constituições Estaduais (Lei Orgânica do Distrito Federal, no que toca às matérias constitucionais estaduais, materiais e formais). Esclarece Carlos Roberto de Alckmin Dutra (2005, p. 81-82) que “essa nova ordem, instituída pela Constituição do Estado, possui força superior a todas as demais normas estaduais. Tratando-se de norma dotada de rigidez constitucional, possui também supremacia, desde que compatível com a Constituição Federal”. Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 34) acrescenta ainda um terceiro pilar: a existência de um órgão com competência para fiscalizar a compatibilidade entre o ato infraconstitucional e a Constituição. Os Três Poderes, federais e estaduais, possuem órgãos com tais atribuições, mas o controle por excelência é realizado pelo Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário é repressivo quando visa retirar do ordenamento a lei ou ato normativo inconstitucional. O controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo pode ser exercido de forma difusa ou concentrado, classificação que leva em conta o órgão judicial competente para a fiscalização da compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição. Em relação à CF/88, o controle difuso é realizado por qualquer magistrado ou Tribunal e o controle concentrado, somente através do Plenário do STF, ressalvadas as decisões monocráticas precárias.

No controle difuso, a questão acerca da conformação entre a lei ou ato normativo e a Constituição são suscitadas como incidente de inconstitucionalidade (CPC, Art. 480º), na causa de pedir ou na via de defesa, verificada *geralmente* num processo subjetivo (que trata de relações e situações jurídicas concretas – controle concreto) e conhecidas de modo incidental (*incidenter tantum*), servindo como simples fundamentação da decisão. No *controle concentrado*, porém, são decididas de modo principal (*principaliter tantum*) por haver pedido, estando na parte dispositiva da sentença proferida frequentemente em processo objetivo (que não trata da tutela de direitos subjetivos, mas da ordem jurídico-constitucional interna).

Neste momento, convém um alerta: a doutrina em geral associa o controle concentrado ao controle abstrato e o controle difuso ao controle concreto, mas essa é apenas a regra. Excepcionalmente, o controle concentrado pode ser concreto, como pode ocorrer no julgamento de ADPF incidental e ADI interventiva, e o controle difuso pode julgar caso abstrato, como no julgamento de recurso extraordinário advindo de julgamento de controle concentrado estadual, que excepcionalmente terá eficácia *erga omnes*.

No controle, concentrado abstrato, por via de ADI genérica ou ADC, há pedido expresso para que a lei seja declarada, respectivamente, inconstitucional² ou constitucional. No primeiro caso, o órgão competente para julgamento está adstrito ao pedido formulado na peça exordial, de forma que pode tão-somente declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas, vedando-se as decisões *ultra* e *extra petita* na jurisdição constitucional, salvo se houver inconstitucionalidade por arrastamento.³ Contudo, em decorrência

2 Há divergência acerca da natureza do pronunciamento judicial que decide pela inconstitucionalidade. Parte da doutrina defende que a decisão teria natureza constitutiva negativa, pois haveria uma nulidade, que é sanção e deve ser decretada, e não declarada. Todavia, prevalece o entendimento de que a decisão de provimento do pedido da ADI possui natureza declaratória. Optamos por seguir a corrente majoritária, até porque é a utilizada nas decisões do STF. A adoção de qualquer dos entendimentos não traz prejuízo para o nosso estudo.

3 Quando há relação de interdependência entre a norma impugnada e outras não tratadas como objeto da ADI, a inconstitucionalidade daquela consequentemente gera as destas, ambas reconhecidas e declaradas pelo STF ou Tribunal de Justiça, se for o caso. Ocorre, conforme expressão de Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 362), o “efeito cascata ou dominó da declaração de inconstitucionalidade.”

do princípio da parcelaridade, pode ser declarada a inconstitucionalidade de apenas parte (palavras ou expressões) do texto infraconstitucional, observada a “vontade do legislador”⁴ - vedando-se a atuação do STF ou Tribunal local como legislador positivo.

É possível que uma mesma lei ou ato normativo de natureza estadual sejam impugnados através de ações diretas concomitantemente no Tribunal de Justiça do Estado e também no STF, em face, respectivamente, da Constituição Estadual e da Constituição Federal. Antes de avançarmos, não podemos perder de vista que na Suprema Corte a impugnação somente pode ser julgada por via de ação direta de inconstitucionalidade, pois a ação declaratória de constitucionalidade de sua competência não aprecia lei ou ato normativo estadual.

A respeito dos controles concentrados simultâneos entre ADI genérica federal e ADI genérica ou ADC estaduais, questiona-se: quais decisões podem ser adotadas pelo órgão que julga em segundo lugar a ação direta? As respostas desse complexo problema serão buscadas no presente estudo, que adota, considerando a relação entre questões prévias subordinante e subordinada, a hipótese de que o deslinde da ADI proposta no STF vincula sempre no mesmo sentido a resolução da ação direta proposta na Justiça Estadual.

2. PARÂMETROS DOS CONTROLES CONCENTRADOS

No que toca à ação direta de inconstitucionalidade, o parâmetro de controle pode ser analisado sob duas perspectivas: ativa (causa de pedir) e passiva (fundamentação da decisão). Na ótica ativa (da ação), trata-se das normas constitucionais violadas pela lei ou ato normativo, apontadas pelo legitimado *ad causam*, ativo na causa de pedir (BRASIL, 1999, Art. 3º, I). Já na passiva, o parâmetro de controle é o utilizado pelo Judiciário para fundamentar as suas decisões quando provocado à prestação jurisdicional. É este ponto que merece mais atenção, pois ele pode não coincidir com o anterior.

O juízo competente está adstrito ao pedido formulado na peça exordial. Não está, porém, preso ao fundamento jurídico ou fundamento “legal”, alegados pelo legitimado ativo, pois o órgão judicial competente pode dar

⁴“Neste caso, o Tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade apenas das partes eivadas de vício, desde que não haja uma interdependência tal entre os dispositivos que impeça a vigência do texto não declarado constitucional, bem como que o texto poupado ainda represente a vontade original do legislador”, ensina Alckmin Dutra. (2005, p. 117) Academicamente cabe o alerta de que não poderia declarar a inconstitucionalidade total se o pedido fosse para declarar a inconstitucionalidade parcial, pois a declaração esta ligada ao pedido formulado. Quem só pode o menos não pode o mais.

outro fundamento com *status* constitucional para o reconhecimento da inconstitucionalidade, indo além do parâmetro de controle invocado na causa de pedir. Desta forma, a questão prejudicial seria objeto de cognição aberta, que expande na prática a causa de pedir, daí a doutrina afirmar que a causa de pedir é aberta.⁵

A cognição aberta não é novidade e tampouco exclusiva do controle concentrado. Ela deve ser utilizada também no controle difuso, sob pena de não conferir concreção ao princípio da supremacia da Constituição. Em verdade, a *cognição aberta* ocorre, a rigor, em todos os processos judiciais justamente porque o magistrado está vinculado aos fatos jurídicos e não ao direito (constitucional, infraconstitucional, estrangeiro ou supralegal) arrazoado pelo autor. Ensina Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 127-128):

Vige no sistema processual brasileiro o sistema da *substanciação*, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128) mas os fundamentos jurídicos, não. Tratando-se de elemento puramente jurídico e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao Juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (*narra mihi factum dabo tibi jus*). (grifo do autor).

No controle de constitucionalidade, o STF tem uma cognição mais restrita, afeita à Constituição Federal, normas de eficácia não exauridas do ADCT e aos tratados e convenções internacionais, sobre direitos humanos aprovados na forma de Emendas Constitucionais.⁶ Ao Pretório Excelso cumpre aferir a constitucionalidade de lei ou ato normativo com base no bloco de constitucionalidade *stricto sensu*. Já o juízo estadual pode fundamentar a sua decisão se valendo desses paradigmas (controle difuso) e da Constituição Estadual (controles difuso e concentrado). Essas disposições com *status* constitucional,

⁵ Registra Moreira Alves (2002, p. 22-23) que “a ação direta de inconstitucionalidade tem como *causa petendi*, não a inconstitucionalidade em face dos dispositivos invocados na inicial como violados, mas a inconstitucionalidade em face de qualquer dispositivo do parâmetro adotado (a Constituição Federal ou a Constituição Estadual).”

⁶ Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte não aprovados de acordo com o devido processo legislativo da EC possuem *status* supralegal, estando abaixo da Constituição e acima das leis, conforme decidiu o STF ao julgar o RE 466.343/SP em 2008.

federal ou estadual, conforme o caso são as normas paramétricas para o controle de constitucionalidade.

Valorizando a presunção de constitucionalidade das leis, apenas é possível o Pleno ou Órgão especial declarar a inconstitucionalidade com os votos da maioria absoluta de seus membros, observando a cláusula de reserva de plenário inculpada no Art. 97º do Texto Magno. O interessante é que a regra do *full bench*, segundo o magistério de José Carlos Moreira Alves (2002, p. 23) se aplica em relação à parte dispositiva da decisão e não aos seus fundamentos, de forma que os parâmetros de controle podem variar a cada voto.

No duplo controle concentrado, cumpre elencar três situações envolvendo paradigmas de controles: pode a mesma lei ou ato normativo estadual ser impugnado nos âmbitos estadual e federal tendo como parâmetros invocados nas petições iniciais apenas (a) *normas de reprodução obrigatória*, (b) normas com a mesma natureza anterior e, na causa de pedir estadual, também *normas de imitação* ou estaduais genuínas e (c) parâmetros de controles constitucionais com normatividade distintas em cada juízo. É preciso desde logo evocar a lição de Raul Machado Horta (2003, p. 73):

As normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência de sugestão exercida pelo modelo superior. As normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior, enquanto a norma de imitação traduz a adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional.

É inegável que a Assembleia Legislativa de cada Estado-membro teve poderes constituintes, na forma do Art. 11º do ADCT, e pôde organizar o respectivo ordenamento estadual de acordo com os interesses locais. A norma de imitação reproduzida corresponde à utilização facultativa de técnicas e institutos de normas oriundas do Poder constituinte originário ou do Poder constituinte derivado reformador pelo legislador estadual, adaptando-as de acordo com as conjunturas estaduais.

Para Clèmerson Clève (2000, p. 404) as normas de imitação são estritamente estaduais e “serviriam de parâmetro definitivo e único para a aferição da validade dos atos normativos e das leis estaduais”, não podendo sequer ser objeto de Recurso Extraordinário. Já em relação às normas de reprodução, que se relacionam intrinsecamente com o princípio da simetria ou paralelismo constitucional, Clève (2000, p. 401) defende o oposto: deveriam ser parâmetro de controle apenas para o julgamento realizado pelo STF. Ou seja, utilizando

norma de reprodução, segundo a sua compreensão, não deveria haver controle concentrado perante o Tribunal local. No entanto, ao julgar a Rcl. 383-3/SP, verdadeiro marco jurisprudencial-teórico⁷ para a matéria, a Suprema Corte pacificou entendimento diverso, que será analisado quando tratarmos da competência para julgamento.

Há grande dificuldade em elencar todas as normas constitucionais que são de reprodução obrigatória. O princípio da simetria e a previsão de competência residual aos Estados “instalam séria discussão a respeito das hipóteses em que entidades estaduais devam se curvar incondicionalmente ao modelo constitucional federal.”. (SILVA NETO, 2009, p. 236) Por outro lado, a complexidade também impera no que toca às normas autênticas (e de imitação), como bem observa Gilmar Mendes quando afirma que há “considerável dificuldade de se identificar, com precisão, uma norma ontologicamente estadual” (MENDES, 2007, p. 236),⁸ o que certamente tem como agravante a natureza analítica da Constituição Federal de 1988.

A doutrina é uníssona quanto à delicadeza da questão sobre controles concentrados simultâneos. Luiz Guilherme Marinoni observa que “o problema surge quando os parâmetros de controle são substancialmente idênticos”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, 1170) Clève (2000, p. 401) admite: “questão tormentosa envolve a norma constitucional estadual que reproduz dispositivo da Constituição Federal”. Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 236) vão além e afirma que “esta é uma das mais graves questões postas atualmente a exame do Supremo Tribunal Federal no plano do controle abstrato-concentrado da constitucionalidade.” Analisar esse intrincado tema é o que se pretende em relação às ADI federal e ADI e ADC estaduais.

7 O profundo estudo realizado para fundamentar o voto do relator dessa reclamação constitucional, Ministro Moreira Alves, foi adaptado e convertido em artigo.

8 Sobre as normas de imitação, a previsão pela Constituição estadual de competência de TJ para julgar Vereador por crime comum é um exemplo de norma de imitação. Como exemplos de normas de reprodução obrigatória, temos os princípios contidos no art. 34 da CF/88. Os limites da obra impedem a listagem de mais exemplos. Para ciência de outros exemplos de normas de reprodução obrigatória e normas de imitação, além de aprofundamento no tema, cf. Lenio Streck (2004, p. 736-745).

3. OBJETO DOS CONTROLES CONCENTRADOS

O objeto do controle é a lei ou ato normativo que será posto em contraste com as normas constitucionais para verificar se há ou não entre elas compatibilidade formal ou material. É sobre o objeto de controle que incidirá o juízo de constitucionalidade ou de desvalor constitucional. No presente trabalho, ganha relevo apenas a lei ou ato normativo estadual ou distrital, desde que no exercício de competência legislativa estadual (Súmula 642 do STF), porque não há como, no controle abstrato via ADI genérica e ADC, acontecer duplo controle concentrado de lei federal e lei municipal.

De um lado, a ADI federal não possui como objeto lei municipal e a ADC federal só fiscaliza a constitucionalidade de lei federal; de outro, o Tribunal estadual só pode decidir a respeito de lei federal de forma incidental. Consequentemente, não pode haver duplo controle entre ADC federal e ações diretas estaduais. Todavia, é possível a simultaneidade de controles entre outras combinações de ações constitucionais afeitas ao controle concentrado, mas para o presente trabalho interessa apenas os controles realizados por meio de ADI genérica federal e ADI genérica ou ADC julgadas por Tribunal de Justiça.

Por fim, uma última observação deve ser feita: na simultaneidade de ações diretas tratada, a lei estadual objeto dos controles deve ser posterior à promulgação da Constituição Estadual (sendo, por óbvio, também posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988).

4. COMPETÊNCIA(S)

Numa primeira vista, é possível concluir apressadamente que haveria competência concorrente para julgar *normas de observância obrigatória*. O Poder Constituinte previu a representação de inconstitucionalidade, mas silenciou a respeito do cotejo entre o controle concentrado de constitucionalidade das leis e o princípio da simetria ou paralelismo das formas, redundando na dúvida sobre qual órgão seria o competente para julgamento. A doutrina não é pacífica⁹ e é de se notar que o próprio Supremo Tribunal Federal, poucos

⁹ A doutrina minoritária defende que a aferição da compatibilidade entre a lei ou ato estadual e normas constitucionais de reprodução obrigatória deveria ser realizada tão-somente pelo STF por se tratar de genuína norma constitucional federal, se alinhando com a Rcl. 370-1/MT. Defendem essa posição, por ex., Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 323) e Clèmerson Clève (2000, p. 401). Essa solução encontrou guarida no Supremo durante pouco mais de dois meses. A doutrina majoritária segue a decisão proferida pelo Min. José Carlos Moreira Alves na Rcl. 383-3/SP. Gilmar Mendes é um dos que discordam da solução anterior, sob a justificativa de que “a adoção do critério

anos após a vigência da Carta Magna, decidiu o tema de forma antagônica ao julgar a Rcl. 370-1/MT¹⁰ e a Rcl. 383-3/SP,¹¹ cuja decisão prevaleceu.

Na linha defendida pelo Ministro Moreira Alves, relator da Rcl. 383-3/SP é a Constituição invocada como parâmetro para o controle que define a competência do juízo. Em outros termos, essa competência *ratione materiae* é estabelecida pela causa de pedir¹².

É justamente em razão de considerar diversas as causas de pedir que não ocorra litispendência quando há simultâneas ações diretas no âmbito federal e estadual. Muito embora na fundamentação jurídica se indique os dispositivos constitucionais violados, o que delimita a causa de pedir, a ação direta processada no STF leva em conta toda a Lei Fundamental, inclusive normas do ADCT com eficácia não exaurida. Sucede o mesmo no âmbito estadual com sua ação direta e Constituição. Ainda que o dispositivo seja de reprodução compulsória, o parâmetro específico tem origem em diplomas constitucionais díspares e o paradigma do controle *in totum* é igualmente diverso. Sem a tríplice identidade dos elementos da demanda, não ocorre tal requisito negativo de validade processual. Por isso, ao julgar a medida cautelar pedida no bojo da ADI 1.423-4/SP, o STF rejeitou a preliminar de litispendência (e também a de continência).

No que toca às *normas de imitação*, o entendimento é o de que somente a Justiça Estadual é competente para a sua apreciação, de forma que a decisão final do Tribunal de Justiça é irrecurável. Realmente, é vedado ao STF

proposto na Rcl. n. 370-MT importaria, na sua essência, no completo esvaziamento da jurisdição constitucional estadual.”. (2007, p. 230-236).

10 “Arguição de inconstitucionalidade de leis estaduais, mediante invocação da Carta local, mas também em contraste com preceitos e princípios da Constituição Federal. Controvérsia acerca da competência para o julgamento da correspondente ação direta. Reclamação tida como procedente, por julgamento concluído em 9 de abril de 1992.”. (BRASIL, 1992) Estranhamente, só houve publicação e o trânsito em julgado em 2001, enquanto a Rcl. 383-3/SP, da lavra do Min. Moreira Alves, foi publicada e transitou em julgado no ano de 1993. É importante frisar que o Min. Moreira Alves não estava presente na sessão que julgou a Reclamação 370-1/MT.

11 “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.” (BRASIL, 1993)

12 “Competência. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal contestada em face da Carta do Estado, no que repete preceito da CF. O § 2º do Art. 125º do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Rcl. 383/SP e Rcl. 425-AgR, relatados pelos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados no DJ de 21-5-1993 e 22-10-1993, respectivamente.”. (BRASIL, 2004)

decidir tendo como parâmetro a Constituição Estadual. Mas há um ponto, um nó doutrinário a respeito da norma de imitação utilizada como parâmetro de controle que precisa ser desatado. Vejamos.

É possível que recaia sobre *normas de reprodução obrigatória* ou sobre *normas de imitação* (e genuínas estaduais) a arguição da inconstitucionalidade em face da Constituição Federal. A primeira hipótese é tratada por Marinoni ao analisar a Rcl. 526-7/SP, processo no qual o STF julgou caso em que houve, no mesmo processo, controle concentrado (da lei estadual) e difuso (do parâmetro estadual invocado). Nesta reclamação ficou assentado o óbvio: o Tribunal pode conhecer *incidentalmente* a inconstitucionalidade em face da CF/88. O Tribunal local lidou, portanto, com duas questões prejudiciais, sendo que podia conhecer uma delas e decidir a respeito da outra. Marinoni explica:

Se o Tribunal de Justiça reconhecer a constitucionalidade do parâmetro de constitucionalidade, deverá prosseguir no julgamento, decidindo sobre a constitucionalidade da norma impugnada pela ação direta. Em caso contrário, o Tribunal de Justiça reconhecerá que a norma constitucional estadual é incompatível com a Constituição Federal e, por tanto, que a norma impugnada não pode ser objeto de controle perante ela.

Em hipóteses como essa, reconheça-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do direito constitucional estadual perante a Constituição Federal, cabe recurso extraordinário ao STF. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1176)

Como Marinoni esclarece, dessa decisão que reconhece *incidenter tantum* a (in)constitucionalidade da norma constitucional estadual cabe recurso extraordinário. (Ibid, 2012) Da mesma forma, é preciso deixar consolidado que se a *norma de imitação* for objeto de controle incidental de constitucionalidade pelo Tribunal de Justiça, a ação direta estadual que a utilizou como parâmetro poderá ser, sim, submetida à apreciação do STF mediante recurso extraordinário. É uma exceção à regra da irrecorribilidade da decisão estadual que se vale de normas de imitação (e genuínas estaduais) como fundamento paramétrico.

5. PREJUDICIALIDADE NO CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO

Tanto no controle difuso quanto no concentrado, a verificação da inconstitucionalidade sempre será uma questão prejudicial interna, ou seja, resolvida no limite do próprio processo. Como já foi apontada, no controle difuso, a questão prejudicial é apenas fundamento para a decisão, enquanto no controle concentrado é sobre ela que incide a própria decisão do STF ou Tribunal de Justiça.

Antes de avançarmos, é preciso alertar que a inconstitucionalidade também pode ser uma questão preliminar. Um exemplo é a alegação de incompetência absoluta do juízo com base na violação de normas sobre competência dispostas na Constituição cometida pela lei. Para que o mérito da causa seja analisado, antes o magistrado precisará decidir a respeito dos limites para o exercício da jurisdição estabelecidos pela lei e sua compatibilidade com a Constituição no caso *sub judice*. Se o magistrado entender que a lei que lhe conferiu a competência é inconstitucional, não prosseguirá a cognição da causa e deverá remeter o processo para outro juízo, em decisão interlocutória. Trata-se de preliminar imprópria ou dilatória, pois a incompetência não impede a marcha processual, mas inviabiliza o julgamento pelo juízo incompetente. Com efeito, nem sempre a inconstitucionalidade será uma questão prejudicial exclusivamente interna e há outros casos em que também será questão preliminar.

Com o estudo dos parâmetros de controle, cognição aberta e dos órgãos competentes para julgamento, podemos compreender e aprofundar a relação entre a inconstitucionalidade e o objeto mediato do processo objetivo do controle de constitucionalidade via ADI e ADC.

5.1 PREJUDICIALIDADE EXTERNA E CONTROLE SIMULTÂNEO

Como dissemos acima, pode acontecer de uma mesma lei ou ato normativo estadual ser objeto de ações diretas de forma paralela no Tribunal de Justiça e também no STF. A peculiaridade do caso *sub examine* é que, além da prejudicialidade interna de cada ação, haverá também uma prejudicialidade externa entre as duas demandas: ADI federal (causa prejudicial) e ação direta estadual (causa prejudicada).¹³ Essa relação entre elas é o objeto de

¹³ Noutra perspectiva, por influência da doutrina tedesca, a questão prejudicial resolvida incidentalmente, se afei-ta à *ratio decidendi* do acórdão, pode, excepcionalmente, “transcender” e influenciar em maior grau a resolução de causa prejudicada ou causas futuras. Assim, pode haver prejudicialidade externa também entre recurso extraordinário e uma ação direta estadual, com possibilidade de ocorrência das mesmas consequências expostas adiante, por causa da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes ou, de forma indireta (isto é, sem relação imediata com a decisão da Suprema Corte), pela edição de resolução por parte do Senado para sus-pender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, na forma do Art. 52º, X, da CF/88. (BRASIL, 1988)

estudo que passaremos a examinar de forma pormenorizada doravante.

Inicialmente, em razão da relação de prejudicialidade, a solução da causa prejudicial influencia em maior ou menor grau, a depender do seu julgamento, a resolução da causa prejudicada. Com essa premissa, a solução dada à controvérsia pelo STF no exercício do controle concentrado deveria influenciar, em pequena monta ou de forma decisiva, o julgamento da fiscalização abstrata-concentrada realizada no âmbito estadual. No entanto, em decorrência do efeito vinculante, previsto no Art. 102º, §2º, da CF e Lei 9.868/99, Art. 28º, a questão prejudicada (estadual) deveria sofrer sempre influxo determinante (maior grau), independente do sentido da solução da questão prejudicial (Federal). Desta forma, se o STF declarasse a constitucionalidade, o Tribunal local deveria declarar a constitucionalidade; se declarasse a inconstitucionalidade, o TJ deveria declarar igualmente a inconstitucionalidade. Deveria. Esse fenômeno processual da influência da decisão do processo objetivo sobre o outro é extremamente complexo e leva em consideração, além da decisão proferida, diversas variáveis, tais como os parâmetros de controle utilizados na fundamentação da decisão do colegiado, a extensão da inconstitucionalidade e os momentos dos julgamentos.

Questiona-se: somente haveria essa relação de prejudicialidade se os parâmetros dos controles deduzidos na petição inicial fossem normas de reprodução obrigatória? Não necessariamente. A causa de pedir de cada demanda é teoricamente desprovida de importância porque são consideradas diversas, como já foi visto. A simultaneidade se verifica com as tramitações paralelas de ações diretas nas esferas federal e estadual com o mesmo objeto de controle - e isso ocorre em virtude da cognição aberta. É importante compreender que a referida relação de prejudicialidade depende mais da amplitude do objeto mediato da ADI proposta no âmbito federal, que pode conter o objeto do controle estadual ou coincidir integralmente com ele, do que da causa de pedir. Fora destas situações, haverá simultaneidade de ações diretas sobre a mesma lei (não do mesmo objeto de controle), mas não relação de prejudicialidade entre as causas.

A identidade de objeto (o ato normativo impugnado), total ou contida no objeto da ADI federal, redundará na prejudicialidade por conexão (CPC, Art. 103º). Sucede que, apesar da conexão, não haveria competência absoluta de um órgão que autorizasse a reunião das causas para julgamento simultâneo. "Em tais situações, quando há conexão/continência, mas não é possível a reunião, é conveniente suspender o andamento de um processo, à espera do deslinde do outro, para que se evitem decisões contraditórias". (DIDIER JR.,

2008, p. 132)¹⁴ Se o caso for de duplo controle concentrado, o processo de competência do Tribunal de Justiça pode ser suspenso até que a ação de competência do STF seja julgada definitivamente, nos termos da Lei Federal 9.868/99 ou do CPC, Art. 265º, IV, a.¹⁵

Em relação aos dispositivos que não foram concomitantemente impugnados, não há identidade de objeto e, por conseguinte, não há prejudicialidade. Todavia, se o caso tratar de inconstitucionalidade por arrastamento, com possibilidade de abater o ato normativo impugnado no âmbito estadual, o Tribunal competente pode não ter liberdade para examinar, devendo observar a decisão superior.

5.2 CONTROLE SIMULTÂNEO E INFLUÊNCIA DAS DECISÕES

As ADI e ADC possuem natureza de ações dúplice, conforme Lei Federal n. 9.868/99, Art. 24. (BRASIL, 1999) Assim, a inconstitucionalidade e a constitucionalidade podem ser declaradas tanto por meio de ADI quanto de ADC. No caso em estudo, por ex., a improcedência do pedido da ADI federal pode, *grosso modo*, implicar na declaração de constitucionalidade da ADC estadual ou na de inconstitucionalidade da ADI estadual. Mas não é tão simples, o duplo controle concentrado não é um assunto tormentoso à toa.

Acima constatamos que o parâmetro invocado influencia no deslinde das questões e que o STF está, em regra, adstrito ao pedido formulado. Assim, a extensão do pedido (inconstitucionalidade total ou parcial) e, no controle concentrado estadual, a utilização de *normas de reprodução obrigatória* ou normas genuinamente estaduais e normas de imitação como parâmetros de controle podem implicar em soluções diversas.

Destarte, se o Pleno do STF *declarar a inconstitucionalidade total* da lei ou do mesmo objeto impugnado integralmente, o Tribunal de Justiça também deveria seguir este caminho, mas não devemos concluir de forma precipitada. No caso, é impossível o Tribunal local acompanhar a decisão do STF, pois a ação direta que tramita na Justiça Estadual deve ser extinta por perda superveniente de seu objeto (CPC, Art. 26º, VI), já que a norma impugnada

14 É possível que a prejudicialidade externa seja deslocada para o STF no caso de interposição de recurso extraordinário após o julgamento de ação direta na esfera estadual. A ADI, mesmo que proposta posteriormente, seria a causa prejudicial e o recurso, a causa prejudicada. Mas neste momento pode ser viável a reunião de processos para julgamento simultâneo (*simultaneus processus*). É um caso curioso, pois haverá controles concentrado e também difuso com eficácia erga omnes e sem a necessidade de manifestação do Senado, na forma do Art. 52º, X, da CF, pelo motivo óbvio do julgamento da ADI.

15 De modo geral, a doutrina se atenta de forma especial para a antecipação da tutela quando trata de “medida cautelar” em controle de constitucionalidade, e por vezes até negligencia a cautelar referente à suspensão do processo. Pretendemos dar uma contribuição ao tema no presente trabalho, sobretudo na seção 5.3.

é, na prática, retirada do ordenamento e não produzirá mais efeitos. Por isso, observa Marinoni que nesse caso “não há propriamente interferência do resultado de uma ação em outra”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1170) Além de a economia processual orientar a solução devida, não haveria mais interesse de agir, na modalidade utilidade. Didier Jr. (2008, p. 188) explica: “há falta de interesse processual quando não mais for possível a obtenção daquele resultado almejado – fala-se em ‘perda do objeto’ da causa”. Não haveria necessidade de desperdiçar tempo e atos processuais para declarar a inconstitucionalidade duas vezes e há impossibilidade, no caso de ADC estadual, de declarar a constitucionalidade.

Ante o exposto, não há como negar: em razão da perda superveniente de objeto, a decisão declaratória de inconstitucionalidade total da lei ou integral do mesmo objeto por parte do STF converte a “prejudicial de inconstitucionalidade” em uma *questão preliminar*.

Já no caso de *declarar a constitucionalidade* da lei ou ato normativo, tendo como referência normas de reprodução obrigatória, a decisão vinculada ao Tribunal de Justiça, que deverá aderir obrigatoriamente ao mesmo entendimento. No entanto, a Constituição Estadual pode ter parâmetro autêntico que, após cognição aberta, determine a sua inconstitucionalidade. Logo, o processo que tramita no Tribunal local deve prosseguir. A Corte Estadual sempre terá *relativa liberdade* para julgar se o STF declarar a constitucionalidade. Explica Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 324):

Todavia, se o STF declara a *constitucionalidade* da lei ou do ato normativo estadual perante a Constituição Federal, a ADI estadual poderá prosseguir a fim de que o tribunal local examine a lei ou o ato normativo estadual em face da Constituição Estadual, podendo até pronunciar a sua inconstitucionalidade em vista da Carta Estadual, mas por fundamento distinto daquele utilizado pela Suprema Corte. (grifo do autor).

E pode, neste caso retratado por Cunha Júnior, o TJ utilizar como fundamento outras disposições de reprodução obrigatória da Constituição Estadual? Como há cognição aberta e o STF acaba, em última análise, averiguando a compatibilidade com a Constituição Federal de forma global, e sua decisão tem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário (CF, Art. 102º, §2º), a improcedência do pedido da ADI de sua competência impediria que o Tribunal de Justiça decidisse pela inconstitucionalidade levando em conta tais normas, que já foram fruto de interpretação pelo STF, evitando-se inclusive que

o caso retorne para apreciação da Corte Suprema via recurso extraordinário ou reclamação constitucional.

Desta forma, o Tribunal de Justiça somente poderia decidir pela inconstitucionalidade utilizando tão-somente normas constitucionais estaduais autênticas ou normas de imitação. É por isso que os magistrados do Pleno ou do órgão especial do Tribunal de Justiça não possuem total liberdade para apreciar a causa. Caso contrário, seria hipótese de ajuizamento de reclamação constitucional, desde que não tenha transitado em julgado, quando a Suprema Corte decidiria esta eventual demanda no mesmo sentido da Rcl. 374-4/SC, *in verbis*:

Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade proposta, perante Tribunal estadual, com base em afronta a dispositivo constitucional estadual e a dispositivo constitucional federal. Reclamação julgada procedente, em parte, para trancar a ação direta de inconstitucionalidade quanto a “causa petendi” relativa a afronta a Constituição Federal, devendo, pois, o Tribunal reclamado julgá-la apenas no tocante a “causa petendi” referente a alegada violação a Constituição Estadual, “causa petendi” esta para a qual e ele competente (Artigo 125º, par. 2., da Constituição Federal). (BRASIL, 1994)

Caso o STF decida pela *inconstitucionalidade parcial*, a ação direta estadual também deve seguir o mesmo caminho. Com exceção da hipótese em que a aferição da constitucionalidade é convertida em questão preliminar, todas as decisões auferidas no controle concentrado realizado pelo STF devem ser obrigatoriamente observadas pelos Tribunais de Justiça e, novamente ressaltamos, o processo estadual deve prosseguir, pois há possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade total da lei ou integral do dispositivo impugnado com base na cognição aberta, em virtude de parâmetro constitucional estadual autêntico ou normas de imitação.

Se o STF declarar a *norma ainda constitucional*, o Tribunal de Justiça também não poderá declarar a inconstitucionalidade, ao menos não com base em normas paramétricas de reprodução obrigatória. Embora destituída de caráter coativo, o juízo estadual pode utilizar a técnica do “apelo ao legislador” para provocar de forma sutil o Poder Legislativo estadual a evitar o surgimento futuro da inconstitucionalidade em face da norma de reprodução obrigatória.

Na hipótese de o Egrégio Tribunal Supremo julgar parcialmente procedente o pedido da ADI e houver *declaração de inconstitucionalidade sem redução*

de texto ou julgá-lo improcedente concluindo pela *interpretação conforme*, a Corte Estadual não poderá, com base em norma de reprodução obrigatória, declarar a inconstitucionalidade total ou parcial da lei ou ato normativo estadual atacado, porque o STF emitiu um juízo afirmativo de constitucionalidade, apenas reduzindo o âmbito de interpretação e/ou aplicação da norma. Ambas também possuem efeitos *erga omnes* e vinculante, na forma do Artº. 28, p.u., da Lei Federal 9.868/99,¹⁶ ou seja, “juízes e tribunais não poderão aplicar a norma a uma situação de fato que tenha sido excluída da sua incidência pelo Supremo Tribunal Federal, nem tampouco dar à norma uma interpretação que haja sido por ele declarada inválida.”. (BARROSO, 2006, p. 184)

Caso a ação direta estadual possua pedido mais abrangente do que a ação que tramita no Tribunal Supremo (v.g., pede a declaração de inconstitucionalidade total ou de outros dispositivos) e o STF decida pela procedência parcial do pedido emitindo juízo de inconstitucionalidade, no que toca às mesmas normas impugnadas, há relativa liberdade para o Tribunal local decidir, como retratado acima. Já em relação às impugnações sobejantes, deverão ser julgadas de forma independente da declaração do STF, pois não houve manifestação específica e a cognição aberta da Constituição Estadual realizada pelo Tribunal de Justiça autoriza tal conclusão. E mais: sequer há prejudicialidade em relação aos dispositivos legais não impugnados na Suprema Corte.

Podemos, enfim, concluir que, em que pese a prejudicialidade por conexão, somente teremos a relação de prejudicialidade, com suas consequências naturais, entre as ações diretas se o STF declarar a constitucionalidade (ou emitir juízo equiparado) ou quando houver a declaração parcial de inconstitucionalidade. Nos demais casos julgados pela Corte Suprema haverá relação de preliminaridade entre as causas.

E se, por acaso, suceder a situação da causa prejudicada ser julgada antes da causa prejudicial no específico âmbito do simultâneo controle de constitucionalidade? É um questionamento importante que será analisado de forma detida e respondido a seguir.

16 O Tribunal, caso não emita um juízo de desvalor constitucional com base em norma estritamente estadual, deverá julgar conforme a decisão do STF, mesmo que não haja norma estadual prevendo a interpretação conforme e inconstitucionalidade sem redução de texto. Na lição de Alckmin Dutra, “apesar da falta de normatividade específica, essas técnicas são perfeitamente aplicáveis em âmbito estadual – muito antes da edição da referida lei, o STF já as aplicava com frequência –, representando potente instrumento para o julgamento de ações de constitucionalidade” (BRASIL, 2005, p. 119)

5.3 DECISÕES CONTRADITÓRIAS NO CONTROLE SIMULTÂNEO

Sobre o trâmite paralelo das ações, Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 294) adota posição extremada. Para ele, “é inadmissível a tramitação paralela de ações diretas de inconstitucionalidade, no Tribunal de Justiça local e no Supremo Tribunal Federal, interpostas contra a mesma lei estadual impugnada” e sustenta a suspensão até a decisão final como solução. (Ibid) Essa é a regra, mas é necessário considerar essa preleção *cum grano salis*. O sistema prevê a suspensão do processo que julga a causa prejudicada (a estadual), mas excepcionalmente os preceitos legais podem não ser aplicados, quando os processos seguirão os seus respectivos trâmites.

Em relação ao STF, a Lei Federal 9.868/99 é especial e prevalece sobre o CPC, Art. 265º. Com base nela, o Pretório Excelso pode determinar a suspensão de processos judiciais em casos de concessão de medida cautelar na ADI por omissão (Art. 12º-F, §1º), na ADC (Art. 21º, *caput*) e, ultrapassando as previsões legais expressas, estender a providência de urgência também para a ADI genérica, conforme se depreende, por ex., da concessão de medida cautelar na ADI 1.423/SP. Os requisitos para concessão são excepcional urgência e relevância da matéria.

A Lei prevê, no Art. 21º, p.u., o dever de o STF julgar a ADI no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da cautelar. Na prática, quando há suspensão, o *caput* é aplicado literalmente e os processos são suspensos até o julgamento definitivo. Sobre o tema, Ives Gandra Martins (2007, p. 394-395) considera impossível o cumprimento do prazo e afirma que a disposição legal lhe parece “mais um princípio programático ordinário do que regra a ser peremptoriamente seguida pela Suprema Corte”, de modo que a eficácia pode ser renovada, sob o argumento irretocável de que “a liminar é concedida em vista de requisitos próprios e seus efeitos devem ser mantidos enquanto presentes tais requisitos.”. (Ibid) E caso o STF indeferisse ou não aplicasse a providência de urgência, seria caso de o Tribunal local não perfilhar pela suspensão prevista no CPC, Art. 265º, §5º? Em outros termos, a não suspensão pelo Pretório Excelso vincularia os demais Tribunais e juízos a também não suspenderem os seus processos? A legislação silencia. A garantia de independência funcional autoriza o magistrado a atuar conforme o seu convencimento motivado em relação ao caso concreto sob sua apreciação. A prudência aponta para a adoção da suspensão.

Por fim, quando o objeto da ADI estadual é mais amplo do que o da ADI que tramita na Suprema Corte, não deve haver suspensão do processo no que toca às impugnações que estão além dos limites desta ação direta, conforme já decidiu o STF ao julgar medida cautelar na ADI 2.146/SP. Entretanto,

o Supremo Tribunal considerou que somente serão suspensas as impugnações pariformes “sempre que os padrões estaduais a considerar sejam normas de reprodução compulsória da Constituição Federal”. Esta condição imposta aparenta ser petição de princípio, pois a cognição estadual redundará sempre na análise também das normas de reprodução em razão da cognição aberta da Constituição Estadual, logo deve se interpretar como a permissão para julgar com fundamento em normas estritamente estaduais.¹⁷

Pode suceder de o caso concreto estadual não exigir suspensão, seja pela não concessão da cautelar por parte do STF¹⁸, ou da não suspensão pelo Tribunal, seja por se findar o prazo improrrogável previsto na lei para a suspensão do processo de sua competência (CPC, art. 265, §5º).¹⁹ É possível também que o primeiro processo esteja com o procedimento extremamente avançado e a Justiça estadual desconheça o trâmite recente da ADI federal. Nestas situações, os processos tramitarão em paralelo e pode o juízo estadual decidir antes da decisão do STF, final ou sobre a medida cautelar, quando a ação direta poderá ser julgada com total liberdade, porque simplesmente não existirá decisão anterior a ser obedecida. Assim, partindo-se da premissa de que não há problema algum em julgamentos harmônicos, a questão posta é a seguinte: o que ocorrerá se o processo objetivo estadual for julgado pela Justiça Estadual em desconformidade com o julgamento posterior realizado pela Suprema Corte? *Quid juris?*

17 Vimos acima que o Tribunal local pode declarar a inconstitucionalidade com apoio em norma de imitação ou norma genuína após anterior declaração de constitucionalidade por parte do STF. Abaixo – adiantando uma conclusão óbvia – constataremos que o Tribunal local pode julgar de igual maneira até mesmo antes do pronunciamento do Pretório Excelso. Desta forma e já que norma de imitação ou genuína terá que ser analisada de qualquer forma pelo TJ, entendemos que o processo estadual não deve ser suspenso totalmente. Na linha da cautelar referida, melhor seria “suspender” apenas a apreciação judicial de normas de observância obrigatória, como se buscou com a medida do “trancamento” na Rcl. 374-4/SC já citada. Seria uma suspensão imprópria especial. A economia processual orienta essa conclusão, pois com a possível antecipação do juízo negativo acerca da incompatibilidade entre o objeto e tais normas estaduais, o processo que tramita no STF perderia o seu objeto; e, por outro lado, com um juízo positivo realizado, após a decisão declaratória de constitucionalidade, total ou parcial, do STF, a ADI ou ADC estadual já poderia ser julgada de pronto, dando concreção à celeridade processual, inclusive no que toca aos processos suspensos em razão de eventual decisão do TJ em tal sentido.

18 Tratando da antecipação dos efeitos da tutela, Barroso ensina que “o tardio ajuizamento da ação direta, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, normalmente irá desautorizar o reconhecimento de periculum in mora, inviabilizando a concessão de medida cautelar” (2006, p. 167). Sobre o tema, Gilmar Mendes acrescenta: há casos em que “ao indeferir a cautelar, o Tribunal enfatiza ou quase a não-plausibilidade da impugnação. O Tribunal local deve estar atento a essa decisão interlocutória. Em outras hipóteses, o indeferimento assenta-se em razões formais, como o tempo decorrido da edição da lei ou não-configuração de urgência.” (2007, p. 565, grifo nosso). É extremamente difícil conceber a concessão da antecipação de tutela sem a suspensão do processo. Isto posto, podemos concluir que as lições acima podem ser aplicadas à negativa da cautelar relativa à suspensão processual, podendo orientar a decisão de mérito a ser tomada no âmbito estadual com o fito de se evitar a existência de decisões contraditórias.

19 Cf. STJ, REsp 750.535/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgamento: 03/11/2009, Publicação: 13/11/2009.

É preciso uma pausa.

Temos três possibilidades que merecem nossa atenção: primeira, a Corte Estadual declarar a *inconstitucionalidade* da lei ou ato normativo estadual utilizando norma constitucional estadual propriamente dita (incluindo as normas de imitação) como fundamento; segunda, o Tribunal local julgar a norma *constitucional*; e terceira, o TJ decidir que a lei ou ato normativo estadual é *inconstitucional com base em normas de reprodução obrigatória*.

Se houver a declaração de inconstitucionalidade total ou integral do dispositivo impugnado com base em norma constitucional genuína, a ação direta de inconstitucionalidade que tramita no STF perde o seu objeto. É um caso com consequência processual idêntica ao da declaração de inconstitucionalidade total da lei ou do mesmo objeto de forma integral realizada pelo STF, visto acima. Com tal decisão, a “prejudicial de inconstitucionalidade” novamente se torna uma questão preliminar. No entanto, há um detalhe todo especial: a decisão da, frise-se, *causa prejudicada* (questão subordinada) se transmuda em *questão preliminar* em relação à solução da *causa prejudicial* (questão subordinante).

Neste diapasão, apesar da relação de prejudicialidade e subordinação entre a ADI federal e a estadual, nesta direção e sentido, e considerando-se incidente um processo quando “instaurado sempre de modo relacionado com algum processo pendente e porque visa a um provimento jurisdicional que de algum modo influirá sobre este ou seu objeto”, na lição de Didier Jr. (2008, p. 323), constatamos que o segundo processo instaurado será sempre um processo incidente, mesmo que esta ação seja a estadual (causa subordinada).

A rigor, nesta específica primeira hipótese, com a fundamentação da decisão do Plenário ou Órgão especial do Tribunal de Justiça baseada em normas de imitação ou constitucionais estaduais autênticas, não teremos decisões contraditórias pelo motivo evidente de que só será proferida uma decisão de mérito.

Por outro lado, se a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal de Justiça for parcial e a ADI processada no STF trazer como fundamentos “legal” e jurídico vícios de tal sorte que haja possibilidade de declaração de inconstitucionalidade total, com o pedido para tanto, ou contiver impugnações de normas outras (quando também não teremos decisões contraditórias em relação às impugnações díspares), entendemos que o processamento e julgamento devem prosseguir. Certamente atento à abrangência das impugnações, Gilmar Mendes (2007, p. 237) é preciso quando ensina que “declarada a inconstitucionalidade de direito local em face da Constituição estadual, com efeito *erga omnes*, há de se reconhecer a *insubsistência* de qualquer processo

eventualmente ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal que tenha por objeto a mesma disposição” (grifo do autor).

As outras duas hipóteses possuem o “sinal trocado” e, *mutatis mutandis*, o desenlace judicial é o mesmo. Fora da primeira situação e admitindo a inexistência de recurso extraordinário, quando teríamos a prejudicialidade externa entre a ADI e o recurso no STF com possibilidade de julgamento simultâneo, a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade pelo Tribunal de Justiça, valendo-se de normas de reprodução obrigatória, não prejudica a ADI federal e não vincula o STF. No que toca à declaração de inconstitucionalidade aludida, esse não é o magistério de Léo Ferreira Leony (2007, p. 160):

Já a decisão da Corte local pela procedência do pedido e, portanto, pela inconstitucionalidade da norma estadual impugnada, por eventual violação a norma de reprodução, revela-se problemática, por tornar insubsistente o processo em curso perante a Corte federal, que o declarará extinto sem julgamento de mérito em virtude da perda superveniente do objeto de controle.²⁰

André Ramos Tavares (2011, p. 465) partilha do mesmo entendimento justificando a sua posição afirmando que “a lei não mais subsiste no sistema jurídico e desde que tenha tido seus efeitos eliminados desde a data da sua edição, por força de eficácia *ex tunc* da decisão proferida no controle concentrado-abstrato estadual”

Com a devida vênia, o pensamento de Leony e Tavares nos parece equivocado. Pensamos que uma lei, revogada ou não, pode voltar a vigor e produzir efeitos. No nosso sentir, no que toca às leis, três hipóteses previstas no nosso ordenamento justificam a nossa conclusão: primeiro, a excepcional repristinação legal prevista na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Art. 2º, § 3º; segundo, o próprio efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade (inclusive a título de antecipação de tutela), pois a lei anterior equivocadamente revogada por outra volta a vigor após a declaração de inconstitucionalidade, seja com a eficácia *ex tunc*, seja a partir de outro momento através de modulação temporal; e, por fim, embora sem ocorrência de revogação, também a

20 Para o autor, “a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Tribunal de Justiça se afigura ainda de maior gravidade, na medida em que impossibilita o desate da questão pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude da perda superveniente do objeto de controle, declarado inconstitucional com eficácia *erga omnes* pela Corte de Justiça do Estado-membro” (2007, p. 164). Em outra oportunidade, naquele caso em que o STF julga inconstitucional, Leony fundamenta a extinção do processo no Tribunal local na impossibilidade jurídica do pedido (2007, p. 151). Ao que tudo indica, a possibilidade jurídica do pedido não constará no Novo CPC como “condição da ação”. A rigor, o motivo das duas extinções é a ausência de interesse processual (perda superveniente do objeto).

rejeição de medida provisória produz efeito assemelhado com o simples retorno da eficácia da lei em sentido contrário. O vai-e-vem legal é permitido pelo sistema jurídico.²¹

Se uma lei revogada ou que deixa de produzir efeitos pode retomar a vigência/produzir efeitos depois de certo lapso temporal, por que a lei equivocadamente invalidada em virtude da decisão estadual não poderia também ressurgir e voltar a produzir efeitos no mundo jurídico após a decisão do STF? Havendo controles simultâneos, temos dificuldades para aderir à posição dos autores e pensamos que nada impede juridicamente que a lei estadual declarada inconstitucional por engano volte a ser válida e eficaz.²² Na prática, a decisão estadual anterior funcionaria tal qual a decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela concedida na ADI federal com possível eficácia *ex tunc* (Lei Federal 9.868/99, Art. 11º, §1º, parte final), podendo ser mantida ou, vamos dizer assim, “desconstituída” pela decisão final proferida pelo guardião máximo da Constituição.

Ademais, a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal local utilizando norma paramétrica de reprodução obrigatória é mais sensível do que quando se utiliza normas de imitação e estaduais autênticas. Esta decisão não pode engessar a atuação do Pretório Excelso. Não se pode perder de vista que a relação entre as demandas e questões se dá de forma que a causa que tramita na Corte Suprema subordina a solução da que tramita nos juízos inferiores (causa subordinada), e não o contrário ou acarretando a extinção da causa prejudicial (ADI federal), ressalvada a circunstância da utilização de normas constitucionais estritamente estaduais. Do contrário, estar-se-ia sobrepondo o Tribunal de Justiça à Corte Suprema, o que é juridicamente impossível.²³ Desta

21 Também pode suceder o mesmo com sentenças judiciais (que fazem lei entre as partes). São exemplos: a reatificação da coisa julgada inconstitucional, o julgamento posterior da oposição que prevalece sobre o da ação originária (CPC, art. Arts. 56 e seguintes), entre outros.

22 O entendimento dos doutos só é aceitável, no nosso sentir, em situação de impossibilidade de manifestação do Supremo, como no caso de não haver controles simultâneos e a decisão estadual que declara a inconstitucionalidade não ser objeto de recurso, porque, como ensina Lenio Streck, “neste caso, a matéria não poderá ser reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nem em sede de controle difuso e nem no controle concentrado (no caso de lei estadual). A razão desse aparente paradoxo deve-se ao fato de que, em sendo a ação julgada procedente, a lei é expungida do sistema, não podendo ser reavivada depois de transitada em julgado. *Evidentemente que se está a tratar de lei municipais e estaduais que se enquadram no âmbito da repetição de matéria e contrariedade a princípios constitucionais federais*” (2004, p. 734, grifo do autor).

23 Tavares inicialmente concorda com nossa crítica, mas dá uma guinada em seguida. Segundo o autor, “questão delicada diz respeito à subsistência de ação ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal que tenha por objeto disposição já considerada inconstitucional, em face da Constituição estadual, pelo Tribunal de Justiça. A ação direta de inconstitucionalidade, ou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando procedentes, tenham sido impetradas na esfera estadual ou na federal, têm por efeito a expulsão da norma indesejada do ordenamento, de modo que não poderia, após a sentença, seguir sendo objeto de outra ação, ainda que perante jurisdição diferente. Imaginando-se que tenha sido decisão da Justiça estadual, tem-se que qualquer outro processo pendente perderia seu objeto. De outra parte, a Constituição Federal ressalta que compete ao Supremo Tribunal a guarda da Constituição Federal, sendo impossível, nessa medida, subtrair dessa Corte a análise da violação da Constituição Federal por lei estadual ou municipal. Contudo, o entendimento que há de prevalecer é o de que qual-

forma, como a decisão anterior não vincula a Corte Suprema, o STF poderia julgar a matéria livremente e a resolução dada sobrepuja a anterior estadual no plano normativo. Certamente, com a não convergência das decisões, será caso de a Excelsa Corte aplicar o Art. 27º da Lei Federal 9.868/99 e modular os efeitos da decisão para que tenha eficácia prospectiva ou os efeitos restringidos com base na ponderação entre os efeitos causados pela retroatividade da inconstitucionalidade e, nos termos da lei, razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Estas duas últimas hipóteses, mormente a primeira, têm potencial para causar transtornos jurídicos significativos. Cumpre salientar desde logo que não é a declaração num ou noutro sentido do Tribunal de Justiça ou do STF que, por si, causa os desideratos juridicamente inconvenientes, mas as decisões particulares, no âmbito da autonomia privada, e sobretudo as judiciais que se fundamentam nelas. As vicissitudes juridicamente inoportunas, porém, se dariam no plano fático. Como observa Clèmerson Clève (2000, p. 253) os efeitos da decisão do STF “repousam no plano da norma e não no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma).”

Investigar as consequências desses fenômenos no mundo dos fatos (plano normado) extravasa a delimitação do tema do presente estudo. O recorte temático não trata de processos subjetivos. Deixamos, todavia, o convite para o seu estudo.

quer outro processo de controle abstrato-concentrado perde seu objeto porque a lei não mais subsiste no sistema jurídico e desde que tenha tido seus efeitos eliminados desde a data da sua edição, por força de eficácia *ex tunc* da decisão proferida no controle concentrado-abstrato estadual. Some-se a isto a circunstância de que a própria Constituição Federal reconheceu a jurisdição constitucional estadual concentrada-abstrata e, ademais, em nada restará prejudicada a Constituição Federal ou arranhada a competência do Supremo Tribunal” (2011, p. 465). O autor doutrina sem diferenciar expressamente a utilização de normas de reprodução obrigatória de normas estritamente estaduais, mas presumimos que trata do primeiro grupo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de controle concentrado, uma mesma lei ou ato normativo estadual ou distrital, desde que no exercício de competência legislativa estadual, pode ser impugnado concomitantemente no Tribunal de Justiça e também na maior instância do Judiciário. A interpretação da norma compreendida na CF/88, Art. 102º, §2º e Lei Federal 9.868/99, Art. 28º, p.u., ao tratar do efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, pode induzir o operador do Direito a crer que o Tribunal local estará impreterivelmente subordinado ao que for julgado pelo STF. Com apoio na doutrina construída sobre as matérias tratadas no CPC, Arts. 265º e 267º, afirma-se que excepcionalmente essa norma constitucional não será aplicada ao caso de simultaneidade de controles concentrados. Não se quer dizer, porém, que o Tribunal estadual ou distrital irá se insurgir contra o Pretório Excelso. A não aplicação se dará por impossibilidade jurídica.

De um lado, das diversas possibilidades de julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal, após o primeiro caso analisado – a declaração de inconstitucionalidade total da lei ou do mesmo objeto impugnado integralmente –, observamos que refutada foi a hipótese para a solução do problema proposto, pois o processo instaurado no Tribunal local deverá ser extinto por perda de objeto, não podendo se declarar a inconstitucionalidade novamente. Se, no entanto, a inconstitucionalidade for parcial (e sem identidade de objeto) ou se improcedente o pedido da ADI federal, o Tribunal estará vinculado e terá liberdade apenas para apurar a conformidade do objeto impugnado com as normas constitucionais estaduais que não são de reprodução obrigatória.

Na outra extremidade, fugindo da regra, o Tribunal de Justiça pode julgar a sua causa antes do STF, quando inviável, por óbvio, a aplicação da citada regra contida na CF/88 e Lei Federal 9.868/99. Constatamos que é possível, inclusive, que a causa prejudicada, a ação direta estadual, afete de forma definitiva o julgamento da ADI federal quando houver declaração de inconstitucionalidade com fundamento em normas estaduais autênticas, no caso de decidir antes do Pretório Excelso. Nesse caso, a ADI deverá ser extinta por perda de objeto. Nos demais casos, julgando constitucional ou inconstitucional, seja qual for o parâmetro de controle utilizado, o STF deve julgar a ação direta de sua competência.

Por fim, diante do resultado do trabalho, pode-se compreender as diversas implicações que as decisões proferidas pela nossa Corte Suprema podem causar no processo objetivo estadual, incluindo a situação recíproca, isto é,

da influência da decisão estadual sobre o processo que tramita na Suprema Corte. Confirmando o alcance do objetivo proposto, podemos apontar uma contribuição significativa – quiçá inovadora – para o estudo do tema, qual seja, a apresentação de dois fenômenos *sui generis* ocorridos quando o julgamento de uma ação direta provoca a extinção do processo que tramita na esfera diversa: a inicial questão prejudicial sendo transfigurada em questão preliminar e a questão da causa prejudicada assumindo igualmente a função de questão preliminar.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A jurisdição constitucional e estadual e as normas constitucionais federais reproduzidas nas constituições dos Estados-membros. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 19-35.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº 249 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal: Imprensa Nacional, 1964. p. 117.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na AR 3.162/SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10 nov. 2004, DJ 04 abr. 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1, 9 ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. atualizado até a EC nº 57, de 18 de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009 (Com comentários às Leis nºs. 11.417/06 – Súmula Vinculante – e 11.418/06 – Repercussão Geral de Questões Constitucionais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.