

REPORTAGEM: ESCRITÓRIOS EM FAMÍLIA

Justilex[®]

Ano VI - Nº 71 - www.justilex.com.br



ISSN 1676-7373
EXEMPLAR DE
VENDA PROIBIDA
ASSINANTE

POLÍTICA: DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA

Márcio Cardoso Santos

O "DIREITO" À CASTRAÇÃO QUÍMICA

Alexandre Magno

AS CUSTAS NO PROCESSO TRABALHISTA

Daniel Aguiar

ITCD PROGRESSIVO É INCONSTITUCIONAL

Ricardo Vollbrecht

A JUSTIÇA DE FÉRIAS

Projeto de lei gera polêmica sobre férias no Judiciário

A IMPRESCINDIBILIDADE DO SENADO – MÁRIO ELESBÃO

MARKETING: ROI EM ESCRITÓRIOS JURÍDICOS – DÉCIO SARTORE

DIREITO SANITÁRIO NO BRASIL
MARIA CÉLIA DELDUQUE





REPORTAGEM

12 **Recesso forense**

Esquenta a polêmica sobre férias e recesso do Judiciário

SHUTTERSTOCK.COM



ENTREVISTA

6 **Os caminhos do direito à saúde**

Maria Célia Delduque fala da realidade do direito sanitário no Brasil



ASSESSORIA COMUNICAÇÃO FIDUCRUZ

REPORTAGEM

16 **Família**

Escritórios familiares têm suas particularidades.

SEÇÕES

5	Editorial	79	Notícias e Novidades
10	Espaço do Leitor	80	Eventos / Congressos, Cursos e Concursos
11	Indicadores	81	Humor
74	Leis e Decisões		
78	Lançamentos Editoriais		

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

20	O "DIREITO" À CASTRAÇÃO QUÍMICA – Alexandre Magno
23	REGULAMENTO RESPONSIVO – Érica Babini Lapa do Amaral
28	DEMORA NA EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – Fábio Cristiano Woerner Galle
30	O CASO DA CPMF – João Carlos Navarro de Almeida Prado
34	A IMPRESCINDIBILIDADE DO SENADO – Mário Elesbão
36	AS ÁRVORES CAEM: O ESTADO RESPONDE? – Celso Augusto Coccaro Filho
38	HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS RECENTES REFORMAS PROCESSUAIS – Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes
40	AS CUSTAS NO PROCESSO TRABALHISTA – Daniel Aguiar de Figueiredo Neto
45	O CUSTO ECONÔMICO E SOCIAL DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL – Iosef Arêas Forma
50	ITCD PROGRESSIVO É INCONSTITUCIONAL – Ricardo Vollbrecht
52	VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO PELA MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA POSTERIOR À DEFESA – Tarcisio Marques e Edson Alexandre da Silva

CRÍTICA CONSTRUTIVA

Comissão de Conciliação Prévia – Leonardo S. Passafaro Jr.	57
---	----

MARKETING JURÍDICO E GESTÃO

ROI em escritórios jurídicos – Décio Sartore	59
--	----

LEGISLAÇÃO COMENTADA

Comentários à Lei nº 11.441/2007 e à resolução nº 35/2007 do CNJ – Miguel Roberto da Silva	62
Política: Desfiliação Partidária – Márcio Cardoso Santos	65

ARTIGO DE ESTUDANTE

O caráter precário das permissões de serviço público – André Alfredo Duck	68
---	----

PRÁTICA JURÍDICA

Como utilizar o instrumento de mandato – Sônia Valesca Menezes Monteiro	70
---	----

OPINIÃO

Sinal vermelho no trânsito – Marcelo Gatti Reis Lobo	82
--	----

ARQUIVO PESSOAL



Defensor Público no Estado de São Paulo. Professor especialista de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Ação Social da OAB – São Paulo

“Será que a necessidade de verbas orçamentárias à saúde é tão efêmera quanto os governantes que ocupam o poder?”

O CASO DA CPMF

A inconstitucionalidade da renovação das normas constitucionais transitórias

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) constitui parte integrante e autônoma do texto constitucional destinado a regular a transição entre o ordenamento constitucional anterior e o seu sucessor. Sua autonomia é visualizada pela numeração própria que apresenta, independente da numeração das disposições da parte principal ou *permanente* da Lei Maior, ao qual se equipara em relação ao nível de eficácia.

Conquanto não haja hierarquia, no conflito entre uma norma da parte principal e outra da parte transitória, a solução se dará em benefício desta última, dado seu caráter de especialidade. Poder-se-ia ressaltar, tão-somente, as normas constitucionais da parte principal acrescentadas por emendas constitucionais pois, neste caso, dado o mesmo patamar hierárquico, caracterizada a antinomia de primeiro grau, eventual conflito seria dirimido em favor da norma posterior, por aplicação do princípio *lex posteriori derogat lex priori*.

A Constituição do Império de 1824 não previu disposições desta natureza, o que já se pôde encontrar na Carta de 1891 em oito artigos e assim sucessivamente nos textos magnos de 1934 (vinte e seis artigos); 1937, sob a rubrica de *Disposições Transitórias e Finais*, em normas seqüenciais à parte permanente (arts. 175 a 187); 1946, novamente em parte autônoma, no total de trinta e seis; 1967, sob a epígrafe *Das Disposições Gerais e Transitórias*, nos arts. 173 a 189 em seqüência ao texto principal.

Além de regular as situações de direito intertemporal, as disposições transitórias também tratam de matérias consubstanciadas em normas do corpo permanente de eficácia limitada até que sobrevenha a indispensável *interpositio legislatoris* – caso da indenização oriunda da proteção contra despedida arbitrária e sem justa causa e da estabilidade dos *cipeiros*, da empregada gestante e do prazo da licença-paternidade (art. 10). Uma vez adimplido o papel do legislador infraconstitucional, a norma transitória tem cessada ou exaurida sua eficácia, conquanto tecnicamente não venha a ser revogada.

Assim, em razão de seu caráter efêmero, provisório, esgotável, exaurível, a norma transitória não poderia constar da parte permanente da *Lex Maxima*.

Entende-se, de forma pacífica, que o Congresso Nacional, à semelhança das normas do corpo permanente, pode modificar as disposições transitórias, valendo-se do procedimento das emendas constitucionais (art. 60 da CRFB).

Aliás, o constituinte diuturnamente usufrui desta possibilidade, como o fez, *v.g.*, modificando a data da consulta plebiscitária a respeito da forma e do sistema de governo (art. 2º do ADCT, com a redação dada pela EC 2/1992); estendendo de quinze para vinte e cinco anos o prazo para a União aplicar recursos destinados à irrigação (art. 42 do ADCT, alterado pela EC 43/2004); ampliando os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, do art. 212 da parte principal da Lei Maior de cinquenta para sessenta por cento, devendo não mais erradicar o analfabetismo, mas sim remunerar condignamente o magistério, além de universalizar a educação (art. 60 do ADCT, modificado pela EC 14/1996); em relação aos incentivos da Zona Franca de Manaus, com prazo de duração de vinte e cinco anos (art. 40 do ADCT), prorrogados por outros dez pela EC 42/2003 (art. 92 do ADCT); o Fundo Social de Emergência, já nascido pela revisão constitucional anômala

SHUTTERSTOCK.COM



(EC de Revisão nº 1/1994, posteriormente alterado pela EC 10/1996) e, por fim, re-modificado pela EC 17/1997 (arts. 71 a 73 do ADCT). Resta tratar da malfadada CPMF, concebida pela EC 12/1996, cuja cobrança estaria limitada ao lapso de até dois anos, *ex vi* do art. 74, § 4º do ADCT, prorrogada por outros trinta e seis meses pela EC 21/1999, re-prorrogada pela EC 37/2002 até 31 de dezembro de 2004 (art. 84 do ADCT) e, pasmem, re-re-prorrogada pela EC 42/2003 até 31 de dezembro de 2007 (art. 90 do ADCT). Isto sem falar da malsinada moratória dos precatórios em dez anos, vinda a lume pela EC 30/2000 (art. 78 do ADCT) com as derrogações da EC 37/2002 (arts. 86 e 87 do ADCT).

Tantos são os exemplos que transformaram o ADCT, originalmente nascido com setenta artigos, em atuais noventa e quatro disposições, inflando-o em mais de trinta por cento.

Busca-se aqui, destarte, sustentar a inconstitucionalidade da alteração do ato das disposições constitucionais nascidas para vigorar *transitoriamente*, seja em razão da prorrogação das normas já previstas, seja pela inserção de novos dispositivos de duração provisória, tomando-se como exemplo emblemático o caso da CPMF.

Deveras, no início desta exposição, procurei demonstrar que o papel deste corpo transitório circunscreve-se à regulação de situações de viés intertemporal, incumbido de realizar as devidas adaptações até que a nova Carta Política em que tais normas se inserem fosse definitivamente concretizada.

A tese ora sustentada radica-se na lição do professor da Universidade de Tübingen Otto Bachof, que abordou, à luz do direito constitucional alemão, diversas hipóteses de normas constitucionais serem maculadas de inconstitucionalidade, pelos mais variados fatores.

Assim, segundo o constitucionalista alemão, em sua obra *Normas Constitucionais Inconstitucionais? (verfassungswidrige verfassungsnormen?)*, de 1951, no que por ora nos interessa, Bachof alude à *inconstitucionalidade resultante da "mudança de natureza" de normas constitucionais. Cessação da vigência sem disposição expressa.*¹

De acordo com o jurista alemão, baseado em Krüger, com a transformação

da natureza da norma, de transitória para permanente, exaurido seu período de transitoriedade, ter-se-ia uma inconstitucionalidade superveniente², ao que Bachof levanta a possibilidade de mera *cessação de vigência*, que poderia advir da fixação de uma data, da verificação de um determinado acontecimento, do decurso de um prazo ulterior, do desaparecimento de seus pressupostos naturais segundo o legislador ou do término da situação de exceção que levou ao estabelecimento da norma. No caso de não ser editada a norma regulamentar dentro de determinado prazo (embora de difícil fixação em concreto) o *preceito-travão* perderia sua vigência, embora permanesse formalmente como parte integrante do documento constitucional até à sua expressa revogação.

De todo modo, conclui Bachof, não haveria diferença, em termos de validade, entre considerar uma norma neste caso como inconstitucional (vício este ulterior) ou que deixou de vigorar.

Conquanto concebida para o ordenamento jurídico-constitucional alemão, a teoria da inconstitucionalidade resultante na mudança de *status* de uma norma constitucional de transitória para definitiva pode ser transposta para o direito constitucional brasileiro, prestando-se a fundamentar o controle de constitucionalidade de todas as emendas constitucionais engendradas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Republicana de Outubro.

Assim, é possível afirmar que a renovação de uma norma de natureza transitória, seja por período delimitado e sucessivas prorrogações, seja pela sua transposição para o corpo permanente, estaria desvirtuando a própria razão de ser das normas transitórias. É o que pasarei a demonstrar.

Deveras, se determinada situação fora prevista de maneira transitória, é porque, por algum motivo, não deveria vigorar indefinidamente no texto constitucional. Daí a marca da *excepcionalidade* do conteúdo de sua previsão. Deste modo, aquilo que o poder constituinte originário entendeu como necessidade passageira da nação, não poderia o constituinte derivado reformador erigi-la em imperativo constante. Até porque,

este poder, embora dito constituinte é, em verdade, *constituído*, dotado dos atributos da derivação, subordinação e limitação, sendo, destarte, condicionado aos ditames do *pouvoir constituant*, teorizado pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès, em sua obra clássica *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*.

Em outras palavras, poder-se-ia dizer que a vedação à reedição ou criação de norma transitória constitui uma limitação implícita ao poder de reforma da Constituição, ao lado das cláusulas pétreas constantes do § 4º do art. 60 da *norma normarum*, por se tratar de matérias cujo conteúdo não poderia ser objeto de deliberação, não no sentido de abolir, mas no sentido de *prolongar sua vigência*.

Não obstante, questão que poderia ser aqui colocada pertine às normas transitórias acrescentadas *a posteriori* ao texto constitucional para regular situações transitórias decorrentes de emenda à parte principal. Seria o caso de se prever que até que o novo comando constitucional seja cumprido, observar-se-ia seu implemento de forma progressiva, como no caso, *v.g.*, de se exigir que cada município possua uma guarda civil correspondente a um por cento da população (norma principal) e, dentro do prazo de cinco anos, até que se venha a adimplir *in totum* a exigência, sejam criadas não menos do que um quinto deste percentual por ano (norma transitória).

Em hipóteses tais, poderíamos, num primeiro momento, admitir emendas ao ato das disposições transitórias. Todavia, cremos que, geograficamente, melhor seria que tais preceitos restassem previstos no corpo da própria emenda constitucional, prescindindo de sua inserção tanto na parte principal como na transitória da Lei Maior.

Esta técnica é amiúde utilizada pelo constituinte reformador, como o fora na Emenda Constitucional 45/2004, a chamada *Reforma do Judiciário*, que, além das muitas mudanças previstas no corpo permanente, estabeleceu, *e.g.*, a extinção dos Tribunais de Alçada, devendo seus membros ser integrados aos respectivos Tribunais de Justiça, no prazo de cento e oitenta dias (art. 4º e seu parágrafo único); a instalação, no mesmo prazo dos Conselhos Nacionais

de Justiça e do Ministério Público (art. 5º), além do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (art. 6º).

Assim, como se vê, mesmo nas situações em que se almeja regular temporariamente comandos constitucionais advindos de emendas, não se há de demandar qualquer alteração ao ato das disposições transitórias.

De outro lado, não vejo igualmente, a princípio, nenhum óbice à cessação prematura dos efeitos da norma transitória, desde que já tenha cumprido seu desiderato e a paralisação de seus efeitos não tenha o condão de violar direitos fundamentais ou prerrogativas que entes públicos estariam a gozar até prazo certo. A título de exemplo, seria o caso de se abolir as mencionadas benesses da Zona Franca de Manaus, prorrogadas em dezembro de 2003 até 2033, logo em 2004, frustrando a expectativa de todos aqueles que, de boa-fé, coligaram esforços para usufruir dos incentivos no intuito de obter justificado proveito econômico. Neste caso, os eventuais prejuízos decorrentes da precoce extinção da área de livre comércio deverão ser ressarcidos à custa do erário.

Retornando à situação inversa, *i.e.*, o prolongamento da vigência da norma transitória, a malsinada contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPFM), bem traduz nossos propósitos neste breve estudo.

Sua criação, originariamente pela EC 3/1993 sob a espécie tributária *imposto*, fora rechaçada do ordenamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 939/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15/12/1993, DJ 18-03-1994), o que levou o Congresso emendador a editar a EC 12/1996, trazendo o mesmo tributo agora sob a forma de *contribuição*, prevista dentre as normas de caráter transitório cujo produto seria destinado ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde (art. 74, § 3º do ADCT).

Ninguém há de negar a importância da saúde para o povo brasileiro, mormente aos mais carentes e necessitados de amparo estatal. A saúde foi erigida pelo constituinte de 1988 a direito fundamental social, *direito de todos e dever do Estado* (arts. 6º e 196).

Todavia, se de fato julgasse o Congresso Nacional adequada a instituição desta espécie tributária *sui generis*, o Parlamento a teria feito dentre as normas permanentes, em obediência ao regime constitucional tributário, o que de fato não ocorreu. Ou será que a necessidade de verbas orçamentárias à saúde é tão efêmera quanto os governantes que ocupam o poder?

O que se dirá, então, das três sucessivas prorrogações (em vias de alcançar a quarta) perpetradas pelo legislador constitucional reformador do vulgarmente chamado *imposto do cheque*, alcançando dez anos de vigência e com término programado para 2007, embora governo e parlamento estejam se mobilizando para que ela não seja expurgada do ordenamento? Devemos admitir como válida sua prorrogação (*rectius*: eternização)?

Proponho o seguinte silogismo: se de fato a situação que gerou a necessidade de criação da CPMF não se exauriu – pelo contrário, parece estar longe disso pelo caos vivido no sistema público de saúde – é porque não se tratava de uma situação efetivamente transitória (primeira premissa); se a situação não era transitória, mas permanente, deveria constar, se o caso fosse, da parte principal do texto constitucional (segunda premissa); assim, é inconstitucional a norma *transitória* que se presta a regular interesse público *permanente*, como é o caso da saúde (síntese).

Chegamos, destarte, à aludida inconstitucionalidade resultante da *mutação de natureza* da norma constitucional – de transitória para permanente – levantada por Bachof.

Para explicitar ainda mais a problemática, trago uma reflexão. O que se diria de uma norma transitória que previsse o direito à moradia de pessoas carentes durante determinado lapso temporal. Findo seu interstício, as pessoas beneficiadas retornariam às ruas, abandonadas ao relento? Estaria esta previsão de acordo com os princípios fundamentais e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil dos arts. 1º e 3º? Por óbvio que não! O direito à moradia constitui necessidade permanente do indivíduo, sem o qual não pode viver com dignidade, devendo ser repugnada qualquer

solução temporária ou “tapa-buraco”. Não a toa foi erigido a direito fundamental de cunho social, no art. 6º da Lei das Leis, pela EC 26/2000.

Ao que parece, o Poder Executivo, com a chancela do Congresso reformador da Constituição, acaba se utilizando do subterfúgio das normas transitórias para introduzir, em doses homeopáticas, aquilo que não teria coragem – ou lhe seria vedado – fazê-lo no corpo permanente do texto constitucional, ou mesmo para evitar (ou ludibriar) a repercussão junto à opinião pública. Este parece ser o caso da CPMF que, em meio às críticas à elevada carga tributária, cujas reformas parecem ter o condão de tão-somente aumentar a arrecadação, sua manutenção, sob a escusa de **custeio** da saúde, é a máscara que encobre a sanha arrecadatória que se presta a inflar os cofres públicos cada vez mais desfalcados por escândalos de corrupção.

À guisa de conclusão, deposito minha esperança nos ilustres onze membros do Supremo Tribunal Federal para que, com base em seus notórios conhecimentos da doutrina constitucional, se e quando foram instados a se manifestar a respeito, exerçam, de forma autônoma e destemida, a função que lhes é precipua de guardar a Constituição contra os abusos perpetrados pelo Governo Federal aliado ao Congresso Nacional que, repito, não é poder constituinte, mas, tão-somente, um poder *constituído*. Desta forma, aquilo que nasceu transitório assim morrerá, não corporificando uma norma-fênix, que ressurgiu das cinzas no arcabouço jurídico pelo Parlamento de forma ilegítima. **■**

NOTAS

- 1 BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Título original *Verfassungswidrige verfassungsnormen?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Tübingen – Alemanha, original de 1951. Portugal: Almedina, 1994, p. 59-62.
- 2 Na obra, Bachof afirma que Krüger constrói sua argumentação com base no art. 131 da lei Fundamental alemã.