

REVISTA DA
AGU

volume 15 nº 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2016

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B1

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da da AGU	Brasília	v. 15	nº 01	p. 1-344	jan./mar. 2016
-------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Secretário-Geral de Consultoria
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
José Levi Mello do Amaral Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora Geral

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. – Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da
AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o
título: Revista da AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF
André Luiz de Almeida Mendonça - ESP
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - SP
Jefferson Carús Guedes - DF
Mariana Filchtiner Figueiredo - RS
Otávio Luiz Rodrigues Junior - SP
Regina Linden Ruaro - RS

EDITOR CHEFE

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF

VICE-EDITORES

André Luiz de Almeida Mendonça - ESP
Jefferson Carús Guedes - DF

EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

Pareceristas Nacionais

Allan Carlos Moreira Magalhães - AM	Flávio Roberto Batista - SP
Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Grégoire Moreira de Moura - MG
André Luiz Santa Cruz Ramos - DF	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF
André Petzhold Dias - AM	Icaro Demarchi Araujo Leite - ITA
Andrea de Quadros Dantas Echeverria - DF	José Tadeu Neves Xavier - RS
Carlos José de Souza Guimarães - RJ	Judivan Juvenal Vieira - DF
Carolina Yumi de Souza- SP	Karla Margarida Martins Santos - DF
Celso Hiroshi Iocohama - PR	Leonardo Vizeu Figueiredo - RJ
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Luís de Freitas Júnior - PRT
Cristina Campos Esteves - MG	Luís Carlos Martins Alves Jr. - DF
Dalton Santos Moraes - ES	Luis Cláudio Martins de Araújo - RJ
Denise Lucena Cavalcante - CE	Luiz Henrique Diniz Araújo - PE
Dimitri Brandi de Abreu - DF	Marco Antonio Perez de Oliveira - SP
Douglas Henrique Marin dos Santos - DF	Mariana Barbosa Cirne - DF
Eduardo Rocha Dias - CE	Natalia Camba Martins - SP
Eliana Pires Rocha - ESP	Omar Bradley Oliveira de Sousa - PB
Elomar Lobato Bahia - ARG	Oswaldo de Souza Santos Filho - SP
Eugênio Battesini - RS	Raimundo Márcio Ribeiro Lima - RN
Fabiano André de Souza Mendonça - RN	Raphael Greco Bandeira - DF
Fernanda Menezes - DF	Raphael Peixoto de Paula Marques - DF
Filipo Bruno Silva Amorim - RN	Rui Magalhães Piscitelli - DF
Flávia Danielle Santiago Lima - PE	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão - SP

Pareceristas Internacionais

Gustavo Calvinho - ARG
Nicolás Rodríguez García - ESP
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP

SUMÁRIO

Editorial..... 7

AUTOR CONVIDADO

O Ativismo Judicial na Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão Declaratória de Inconstitucionalidade
The Judicial Activism on Temporal Modulation of Effects of the Declaratory Decision of Unconstitutionality
Grace Maria Fernandes Mendonça.....9

ARTIGOS

Responsabilidade por Dano Causado por Membro Indeterminado de um Grupo
Damage Liability Caused By Indeterminate Member of a Group
Antônio Renato Alves Rainha21

A Judicialização dos Direitos Sociais: alguns parâmetros para a atuação do Poder Judiciário
The Judicialization of Social Rights: some parameters for the work of the Judiciary
Carolina Bastos Lima Paes.....53

A Reformulação da Concepção Jurídica do Sigilo Bancário no Cenário Internacional
The New Legal Conception of Banking Secrecy in International Scenario
Carolina Reis Jatobá Coêlho.....93

Da Judicialização ao Ativismo Judicial no Direito Previdenciário: uma abordagem hermenêutica do RE 631.240
From the Judicialization to the Judicial Activism in the Social Security Law: hermeneutic approach of leading case Re 631.240
Daniel Diniz Gonçalves.....137

Direito Administrativo e Participação Democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual
Administrative Law and Democratic Participation: analysis of the fundamentals and techniques of consensual public administration
Diego Franco de Araújo Jurubeba.....171

Desnecessidade de Outorga Uxória ou Marital para a Prestação de Garantias Pessoais na União Estável <i>Analysis of the Need for Spouse's Consent to the Provision of Third Party Guarantees in a Stable Marital Relationship</i> Gabriela Almeida Marcon	199
Racionalidade no Supremo Tribunal Federal brasileiro: análise dos padrões decisórios e da razão fundante da decisão no julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n.º 54 <i>Rationality in the Brazilian Federal Supreme Court: analysis of standards and founding reason for the decision in the trial of the "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental" n. 54</i> Jone Fagner Rafael Maciel Correio	221
Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino Americano na Geopolítica mundial face à Crise Financeira de 2008 <i>Reflections on the new Latin American Constitutionalism in World Geopolitics in the face of the Financial Crisis of 2008</i> Leonardo Vizeu Figueiredo Gabriela Maretti	255
Novo Constitucionalismo Latino-Americano: participação popular e autonomia indígena como expressão do pluralismo jurídico na Colômbia <i>New Latin American Constitutionalism: popular participation and indigenous autonomy as legal pluralism expression in Colombia</i> Luiz Rogério da Silva Damasceno	291
Aspectos Relacionados à Cassação de Aposentadoria de Servidor como Efeito da Condenação Penal Transitada em Julgado <i>Aspects to the Termination of Retirement of Server How Effect of Criminal Conviction Unappealabl</i> Ricardo Cavalcante Barroso	309
Gratuidade de Justiça e o Novo Código de Processo Civil <i>Free Access to Justice and the New Brazilian Code of Civil Process</i> Shandor Portella Lourenço.....	323



EDITORIAL

Prezados Leitores, é com muito prazer que lançamos a 1ª edição da Revista da AGU referente ao primeiro trimestre de 2016.

A seleção de artigos que expomos neste número revela a qualidade da produção científica que contribui, cada vez mais, para o sucesso do periódico. Eles trazem uma variedade de temas resultantes dos estudos e pesquisas de autores que concorrem para atender às expectativas dos operadores do direito e da comunidade jurídica em geral.

No artigo de autor convidado, a Doutora Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da AGU, dedica-se à análise acerca da possível aptidão do instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade como instrumento capaz de gerar um ambiente propício à prolação de uma decisão de índole ativista.

Nos demais artigos, que passaram pelo crivo do Corpo de Pareceristas da Revista, a relevância dos temas desperta a atenção do leitor. Eles vão desde assuntos de Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Previdenciário, Direito Administrativo, Direito Processual Civil, dentre outros.

Dessa forma, a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal encerra essa apresentação com um agradecimento a todos os que tornaram essa publicação possível e com um convite à leitura da Revista da AGU eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU



RECEBIDO EM: 09/06/2015
APROVADO EM: 22/01/2016

O ATIVISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

*THE JUDICIAL ACTIVISM ON TEMPORAL MODULATION
OF EFFECTS OF THE DECLARATORY DECISION OF
UNCONSTITUTIONALITY*

*Grace Maria Fernandes Mendonça
Advogada da União
Secretária-Geral de Contencioso*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade e ativismo judicial; 2 A modulação temporal de efeitos no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n^os 4357 e 4425; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle abstrato de normas envolve juízo de ponderação quanto a razões de segurança jurídica e de interesse social, conceitos naturalmente elásticos que podem favorecer a prolação de uma decisão de natureza ativista. Estudo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4357 e 4425. O próprio legislador convida o Poder Judiciário a adentrar em espaço propício ao ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Modulação. Ativismo Judicial. ADI 4357 e ADI 4425.

ABSTRACT: The temporal modulation of effects regarding the declaratory decision of unconstitutionality of abstract control involves balancing approach relative to legal certainty and social interest reasons, concepts naturally elastic that could foment the delivery of activist nature decisions. Analysis of uttered decision by the Supreme Court on direct actions of unconstitutionality number 4357 and number 4425. Thus, the legislator invites the judiciary to enter a propitious space to judicial activism.

KEYWORDS: Modulation. Judicial Activism. Direct Actions of Unconstitutionality Number 4357 and Number 4425.

INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se à análise acerca da possível aptidão do instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade como instrumento capaz de gerar um ambiente propício à prolação de uma decisão de índole ativista. Para tanto, serão analisados os pressupostos do instituto da modulação, aspectos do ativismo judicial e a decisão de natureza modulatória exarada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade de nºs 4357 e 4425, que tiveram por objeto dispositivos da Emenda Constitucional nº 62/2009.

1 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

A irrestrita reverência à Constituição Federal e a preservação de sua supremacia em face das demais espécies normativas são valores inafastáveis em nosso estado democrático de direito. Tal circunstância insere o Supremo Tribunal Federal em posição de destaque no contexto nacional, em especial diante de sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade de normas - efetiva oportunidade para a concretização dos aludidos valores mediante o afastamento da ordem jurídica pátria de leis e atos normativos que não guardam o dever de compatibilidade vertical.

Não obstante, se é certo que a missão atribuída à Suprema Corte envolve o dever de aferir o respeito das leis e dos atos normativos aos comandos constitucionais, também é certo que não são raras as vezes em que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, se depara com o ônus de compor o impacto de sua decisão nas relações jurídicas fundadas na norma declarada inconstitucional.

Não por outra razão, o legislador, atento à importância de se conformar a regra da nulidade da norma declarada inconstitucional com as razões de segurança jurídica e de relevante interesse social, permitiu, observados certos requisitos, a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 estabelece expressamente que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fundado em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, pode restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nesse sentido, verdadeiro juízo de ponderação é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a compor valores reputados relevantes pelo legislador à luz, inclusive, da realidade dos fatos.

Assim, ao reconhecer que a norma não está em consonância com a Constituição Federal, a Suprema Corte deve avaliar se, e em que medida, a nulidade da lei afrontará os primados da segurança jurídica e do interesse social. Esse exercício, inerente ao juízo de ponderação, envolve as percepções próprias do magistrado, tomadas a partir de suas experiências¹, circunstância que acaba por dotar o instituto da modulação temporal dos efeitos de certo grau de subjetivismo, o qual pode, a depender do juízo que se realiza, ensejar uma solução inovadora, não adstrita ao mero afastamento dos efeitos da decisão no tempo.

O modelo estabelecido pelo legislador pátrio, aliás, contempla as mesmas bases do conteúdo do artigo 281º, n. 4 da Constituição da República Portuguesa de 1982², sobre o qual Canotilho e Vital Moreira apontam estar o Tribunal Constitucional autorizado a “manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abrindo-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objectivos constitucionalmente fixados”.³

A ponderação em torno da discricionariedade do Tribunal Constitucional é apresentada pela doutrina italiana, ao ressaltar a importância de, no manejo da modulação, encontrar-se um referencial temporal objetivo que reduza a margem de discricionariedade do Tribunal⁴, já que muitas decisões, ao se valerem da manipulação dos efeitos, acabaram por combinar a limitação temporal com outra modalidade de operação normativa.⁵

1 NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p.598.

2 “Artigo 281.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) [...] 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos 1 e 2.”

3 Constituição da República Portuguesa anotada, p. 1042, Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei. Universidade Católica Editora. Lisboa, 1999. p. 729. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 1075.

4 LA VEGA, Augusto Martín De. *La sentencia constitucional em Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003. p. 364.

5 *Ibidem*, p. 371/372 e 387.

As reflexões acerca da modulação ou manipulação de efeitos no âmbito dos sistemas lusitano e italiano, no sentido da possibilidade de se ter no instituto oportunidade para o exercício de poderes de cunho normativo, podem também ser estendidas ao sistema nacional.

Em outras palavras, ao se proceder à limitação temporal de efeitos, é possível que a decisão judicial conciliatória dos princípios e valores envolvidos adentre, em algum nível, no âmbito de atuação próprio do legislador, rendendo ensejo à prolação de uma decisão de natureza ativista. Isso porque razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social constituem conceitos essencialmente elásticos, que podem propiciar a criação de um ambiente favorável à ocorrência do fenômeno do ativismo judicial.

Por seu turno, o ativismo judicial, longe de configurar uma expressão precisa⁶, tem sido objeto de detida análise e de críticas pela doutrina⁷. No Brasil, é invocado por inúmeras decisões judiciais como forma de legitimar a integração da legislação onde não exista norma escrita⁸, configurando mecanismo desejável, “que colabora para a rápida prestação da justiça”.⁹ Tem tido a virtude de produzir decisões judiciais voltadas à proteção de direitos fundamentais, porém, tem sofrido franca crítica por alguns doutrinadores que vislumbram no instituto uma forma de invasão da função jurisdicional no âmbito de atuação próprio do Poder Legislativo.¹⁰ A legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir determinadas matérias são alguns dos riscos apontados pela doutrina como intrínsecos do ativismo judicial.¹¹

Independente da visão que se tenha acerca do fenômeno, o certo é que no âmbito do controle abstrato de normas, a completa invalidação da norma inconstitucional, em algumas circunstâncias, pode gerar um vácuo no sistema legal capaz de produzir efeitos ainda mais danosos. Ao abordar alguns aspectos do ativismo judicial, COMELLA destaca que o ativismo judicial está conectado a uma decisão interpretativa ou “reconstrutiva”, ponderando que enquanto a completa invalidação da norma cria uma

6 GONET, Paulo. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto publicado em André Fellet ET alii (orgs). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011.

7 GREEN, Craig. Na Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, v. 58, n. 5, p. 1222, 2009.

8 A título de exemplo: AgRg na SLS 1427, Ministro Ari Pargendler, DJe 29-12.2012.

9 REsp 666419, DJ 27/06/2005, Ministro LUIZ FUX.

10 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

11 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Texto disponível em <http://www.oab.org.br/>.

brecha no sistema legal que pode conter efeitos catastróficos, uma decisão interpretativa ou reconstrutiva pode gerar um impacto mais moderado, sustentando que a Corte Constitucional estará mais inclinada a impor a interpretação dada à Constituição se ela puder controlar e abrandar as consequências de sua conclusão.¹²

Nesse contexto, a modulação temporal dos efeitos pode, em certa medida, configurar um convite ao ativismo, já que proporciona exatamente o exercício desse juízo de ponderação, de modo a conformar a decisão declaratória de inconstitucionalidade com a realidade dos fatos. Tal circunstância pode ensejar uma solução inovadora, de natureza normativa, que garanta o impacto mais moderado da decisão, tudo em estrita consonância com a autorização dada pelo próprio legislador, que concentrou nas mãos da Suprema Corte a tarefa de ponderar aspectos relacionados à segurança jurídica e interesse social.

2 A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N°S 4357 E 4425

No contexto até então apresentado, merece reflexão a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade de n°s 4357 e 4425, que tiveram por objeto a Emenda Constitucional n° 62/2009, a qual alterou o art. 100 da Constituição Federal de 1988 e o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ao concluir o julgamento das referidas ações, o Supremo Tribunal Federal declarou, em síntese, entre outros aspectos: (I) que seriam inconstitucionais os parágrafos 9° e 10 do art. 100 da Constituição Federal, os quais previam a compensação obrigatória entre as dívidas tributárias do beneficiário do precatório e o valor que lhe seria devido pelo ente público; (II) que o § 12 do art. 100 da CF também padecia do vício de inconstitucionalidade, por estabelecer o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança para a atualização dos valores dos requisitórios, entre a data de sua expedição a do efetivo pagamento; (III) que o art. 97 do ADCT seria inconstitucional em sua integralidade, por contemplar entre outros aspectos, o leilão para o pagamento de dívidas, regime diferenciado e mais dilatado para o pagamento dos precatórios dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios já vencidos na data da entrada em vigor da EC n° 62/2009.

12 COMELLA, Víctor Ferreres. *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*. Comparative Avenues in Constitutional Law Symposium. University of Texas School of Law. February 27-28, 2004.

Como os dispositivos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade serviam de referência para a programação orçamentária e financeira das pessoas políticas, a mera nulidade de seus comandos (efeitos *ex tunc*) poderia ensejar situação configuradora de grave instabilidade jurídica. Aliás, a gravidade de simplesmente reconhecer a nulidade da Emenda, sem exercer um juízo de ponderação acerca do impacto da decisão para os entes federativos, foi expressamente reconhecida pelos integrantes da Corte, mormente considerando que o pagamento dos precatórios, fora da sistemática até então vigente, poderia comprometer sensivelmente as finanças dos Estados, com impacto significativo nas projeções da Receita Corrente Líquida, para fins de cálculo dos pagamentos a serem efetuados.

Portanto, fundado em razões de segurança jurídica e de interesse social, o Supremo Tribunal Federal procedeu à modulação dos efeitos da decisão, dando sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. A Corte conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento das ações diretas e mantendo válidos os precatórios expedidos ou pagos até a referida data. Quanto a esse ponto, entendeu o STF que deveria ser mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da EC nº 62/2009, até 25.03.2015, data a partir da qual os créditos em precatórios deveriam ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Que as razões de segurança jurídica e de interesse social recomendavam a concessão de efeitos prospectivos ao julgado não restam dúvidas, todavia, merece exame um dos aspectos expressamente abordados na decisão modulatória, qual seja o estabelecimento do índice de correção dos precatórios diretamente pela Corte Suprema. Isso porque o colegiado não se limitou a flexibilizar, no tempo, a incidência da decisão declaratória de inconstitucionalidade, mantendo os termos da EC 62/2009 pelo prazo de 5 (cinco) exercícios, mas, de pronto, alterou o seu conteúdo para reconhecer como legítimo índice diverso daquele nela previsto. Seria possível ao Colegiado estabelecer, desde logo, o índice de correção dos créditos em precatórios a ser aplicado, ou essa tarefa seria exclusiva do Legislador?

A análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal revela que o Colegiado reconheceu a inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR) como fator de correção dos precatórios, ponderando o descompasso do índice com o dever de preservação do valor real do crédito de que

é titular o cidadão. Entendeu a Corte que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios¹³ segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança violaria o direito fundamental de propriedade, inserto no art. 5º, XXII da Constituição Federal de 1988, justamente por sua inidoneidade para promover o fim a que se destinava, ou seja, o de traduzir a inflação do período. Do mesmo modo, decidiu o Colegiado que a quantificação dos juros moratórios relativos aos débitos fazendários inscritos em precatórios com base no índice de remuneração da caderneta de poupança afrontaria também o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição da República, “ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros de mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, § 1º do CTN)”.¹⁴

Portanto, a Taxa Referencial não teria a aptidão de cumprir sua missão de resguardar o poder aquisitivo, mantendo o valor real do crédito. Em decorrência, entendeu por bem a Corte expurgar a TR e, em seu lugar, estabelecer o IPCA-E como fator de atualização dos precatórios. Esse passo a mais dado pelo Poder Judiciário no âmbito da modulação de efeitos pode ser reputado de índole ativista?

Ao discorrer sobre o Judiciário frente à divisão dos poderes, TÉRCIO SAMPAIO, atento às mudanças provocadas pelo crescimento do estado social ou do estado do bem-estar social, destaca que o juiz não tem o dever apenas de “julgar no sentido de estabelecer o que é certo ou errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).” Essa alteração da posição do juiz acaba por afetar sua neutralidade, já que o magistrado é posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de “ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa.”¹⁵

13 Importante destacar que a decisão se refere aos créditos já inscritos em precatórios. A decisão não abarca a correção monetária dos débitos da Fazenda Pública até a expedição dos precatórios, tratada no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 - tema que é objeto de RE nº 870.947, cuja repercussão geral foi reconhecida (Tema 810) e que está pendente de apreciação pela Corte Suprema.

14 Trecho da ementa exarada na ADI nº 4357 e na ADI nº 4425, Relator Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux. Julgamento 14/03/2013. Tribunal Pleno.

15 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Revista USP, p. 18/19.

Ao discorrer sobre o ativismo judicial, PETER IRONS destaca que o ativismo judicial é um antídoto essencial para algumas das toxinas que envenenam o sistema. Especificamente a respeito do papel do julgador, ressalta que os juízes não devem se encolher diante do seu dever de agir como legisladores em último recurso, nos casos de distorções legislativas.¹⁶

Assim, se o objetivo do legislador, ao estabelecer a TR (Taxa Referencial) como índice aplicável era o de corrigir o crédito, a finalidade perseguida pelo legislador não foi atingida, diante da inaptidão do fator como instrumento de preservação do valor original. O mero reconhecimento da inconstitucionalidade ou mesmo a sobrevida que a Suprema Corte deu à Emenda Constitucional nº 62/2009, não seriam suficientes para a concretização dos resultados pretendidos pelo legislador, daí o avanço promovido pelo Colegiado no debate acerca do índice que melhor preservaria o valor original do crédito a que teria direito o cidadão de modo a resguardar, de pronto, o seu direito de propriedade, tudo com base em razões de segurança jurídica e de interesse social, na forma admitida pelo próprio legislador.

3 CONCLUSÃO

Portanto, se entre as interpretações possíveis acerca da extensão do termo ativismo judicial está aquela que vislumbra no fenômeno a possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer direitos não expressamente previstos nas normas, fundado na interpretação das regras basilares do direito e de princípios constitucionais e, se a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade configura técnica, atribuída expressamente pelo Legislador ao Poder Judiciário, que permite a manipulação temporal da decisão, mediante juízo de ponderação alicerçado em razões de segurança jurídica e de interesse social, é possível concluir-se que o instituto da modulação temporal de efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade pode configurar uma oportunidade para que uma decisão considerada ativista seja exarada. O legislador convida o Poder Judiciário a visitar o ambiente próprio do ativismo, ao outorgar-lhe a faculdade de manipular a decisão declaratória de inconstitucionalidade à luz de conceitos destituídos de precisão, tais como razões de segurança jurídica e de interesse social.

16 IRONS, Peter. Making Law: The Case for Judicial Activism. *Heinonline*. 24 *valparaiso University Law Review*, v. 24. 1989-1999..

REFERÊNCIAS

- ALEXI, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris. v. 13. n. 3. 2000.
- ALEXI, Robert. *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. Universidad Nacional Autónoma de México. Jueces y Ponderación Argumentativa.
- BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Editora Saraiva, 2013.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação Direta de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. Judicature. v. 66. Number 6. 1983.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- CANOTILHO J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed. v. 2, Coimbra. 1985.
- COMELLA, Víctor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. *Comparative Avenues in Constitutional Law Symposium*. University of Texas School of Law. 2004.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *O Valor do Ato Inconstitucional em face do Direito Positivo Brasileiro*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro. 2002.
- GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, v. 58. n° 5. p. 1195. 2009.
- IRONS, Peter. Making Law: The Case for Judicial Activism. Heinonline. *24 valparaiso University Law Review*, v. 24. 1989-1999.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência?* Revista USP.
- LA VEGA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional em Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1943.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 109.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERSTRAELEN, Sarah. The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity. *14 German Law Journal*, 2013.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. Second edition. v. 1. New York. Baker, Voorhis and Company. 1929.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Civitas Ediciones, S. L., Capítulos 5 e 6, 1991.



RECEBIDO EM:09/07/2015
APROVADO EM: 18/12/2015

RESPONSABILIDADE POR DANO CAUSADO POR MEMBRO INDETERMINADO DE UM GRUPO

***DAMAGE LIABILITY CAUSED BY INDETERMINATE
MEMBER OF A GROUP***

*Antônio Renato Alves Rainha
Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Mestrando em Direito e
Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)
Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Objeto; 2 Pressupostos da responsabilidade civil no caso de dano provocado por membro indeterminado de um grupo; 2.1 Grupo; 2.2 O dano deve ser proveniente da atividade do grupo; 2.3 Unidade de tempo e espaço na atuação dos membros do grupo; 3 Vítima integrante do grupo; 4 Responsabilidade do grupo; 5 Antecedentes históricos; 6 Direito comparado; 6.1 França; 6.2 Alemanha; 6.3 Espanha; 7 Brasil; 8 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a responsabilidade civil no caso de dano causado por membro indeterminado de um grupo, tendo por base de pesquisa a legislação vigente, a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto, no Brasil e em outros países. Um interessante dilema se apresenta quando é preciso decidir entre deixar a vítima sem indenização ou condenar o grupo, mesmo sabendo que apenas um de seus membros, cuja autoria não foi possível especificar, foi o único responsável pelo dano. Em razão da escassa legislação sobre o tema, doutrina e jurisprudência tem assumido o protagonismo de dar uma solução para essa questão, sendo que a atual tendência é, na medida do possível, não permitir que a vítima reste sem indenização pelas lesões sofridas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Grupo. Autor Indeterminado do Dano. Solidariedade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the liability in case of damage caused by unspecified member of a group, and its research base current legislation, doctrine and jurisprudence on the subject in Brazil and other countries. An interesting dilemma arises when you need to decide between leaving the victim without compensation or condemn the group, even though only one of its members, whose authorship was not specified, was solely responsible for the damage. Due to poor legislation on the subject, doctrine and jurisprudence has assumed the role of giving a solution to this issue, and the current trend is, as far as possible, do not allow the victim remains without compensation for injuries sustained.

KEYWORDS: Civil Liability of the Group. Indefinite Person Causing the Damage. Solidarity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto do presente estudo - dano causado por membro indeterminado de um grupo - possui escassas doutrina e jurisprudência, nacional e internacional, o que torna sua pesquisa e análise mais árduas e difíceis.

Apesar das dificuldades para encontrar fontes de pesquisa, o tema é apaixonante, vez que nos obriga a enfrentar um dilema assaz intrigante, qual seja: deixar a vítima sem reparação quando não for possível identificar, em um grupo definido, o único responsável material pela ação causadora do dano, ou, condenar várias pessoas que não praticaram diretamente a ação causadora do dano a arcarem com a indenização da vítima. Podemos, de uma forma grosseira, resumir o dilema desse modo: deixar a vítima sem indenização ou condenar inocentes.

A tendência atual da doutrina e da jurisprudência aponta para a busca de uma maior proteção à vítima, flexibilizando algumas exigências no tocante à individualização da autoria do fato danoso e do nexo de causalidade, cujas comprovações, em alguns casos, são impossíveis ou extremamente difíceis.

Exigir da vítima, em determinadas situações, que individualize o autor, demonstre a ação dolosa ou culposa dele, bem como o nexo de causalidade dessa ação com o dano, é praticamente deixá-la sem qualquer reparação.

Além do mais, sabemos que a vida moderna, especialmente após a Revolução Industrial, com as facilidades proporcionadas pelos desenvolvimentos tecnológico e industrial, fez que com que as pessoas se relacionassem intensamente e se expusessem, cada vez mais, aos perigos que a sociedade consumista, moderna e dinâmica gera. O homem é colocado diante da máquina, num processo que o despersonaliza, em um sistema de consumo e produção que não se importa em atingi-lo ferozmente para alcançar seus objetivos.

Para recordarmos a intensidade da transformação operada na sociedade a partir do século XIX, reproduzimos, a seguir, a descrição de Sylvia Nasar sobre as condições do trabalhador europeu antes da Revolução Industrial:

O inglês típico era o trabalhador rural. Segundo o historiador econômico Gregory Clark, seu padrão de vida material não era muito melhor que o de um típico escravo romano. Seu casebre tinha um único cômodo escuro, compartilhado dia e noite com a mulher, as crianças e os animais domésticos. Sua única fonte de aquecimento era um fogão a lenha fumacento. Tinha apenas uma muda de roupa. Viajava somente até onde seus pés podiam

levá-lo. Suas únicas distrações eram o sexo e a caça furtiva. Não recebia nenhum atendimento médico. Muito provavelmente era analfabeto. Seus filhos eram postos para trabalhar cuidando das vacas ou espantando os corvos até terem idade para arranjar um “serviço”.

Nos bons tempos, ele comia apenas um alimento grosseiro - trigo e cevada na forma de pão ou mingau. Até as batatas eram um luxo além de seu alcance. (“São muito boas para vocês da aristocracia, mas devem ser muito caras para cultivar, disse um aldeão à mãe de Austen.”) Clark estima que o trabalhador rural britânico consumisse em média apenas 1500 calorias por dia, um terço a menos do que consome hoje um membro de uma tribo de caçadores-coletores na Nova Guiné ou na Amazônia. Além de sofrer de fome crônica, corria o risco de realmente morrer por inanição devido às variações extremas no preço do pão. As taxas de mortalidade do século XVIII eram extremamente sensíveis às más colheitas e às inflações dos tempos de guerra. Mesmo assim, o típico inglês estava melhor de vida do que seu homólogo francês ou alemão, e Burke podia garantir a seus leitores ingleses que essa “escravidão, degradante e horrenda, que temos em nosso país não é nada em comparação ao que o resto do mundo enfrenta em situações da mesma Natureza.¹

Dessa forma, com tantas alterações abruptas, urge que se busque, cada vez mais, uma proteção para essa vítima do sistema que, muitas vezes, não consegue demonstrar no tradicional esquema da responsabilidade civil, quem é autor e qual é o nexo de causalidade entre o evento doloso ou culposo produzido por esse autor e o dano

Para evitar que a vítima, geralmente a parte mais fraca da relação, fique praticamente abandonada com as consequências da lesão que experimentou, cresce, cada vez mais, o movimento no sentido de garantir-lhe, na medida do possível, uma reparação para cada dano sofrido.

Feitas essas considerações iniciais, nos tópicos seguintes, delimitaremos o objeto de nosso trabalho, bem como apresentaremos os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre seu tema, sem, contudo, qualquer pretensão de formular uma conclusão definitiva sobre o assunto que, como disse inicialmente, ainda encontra-se pouco explorado e carente de análise e discussão mais profunda pelos doutrinadores e demais operadores do direito.

1 NASAR, Sylvia. *A imaginação econômica*. Tradução: Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 10.

1 OBJETO

O objeto do nosso trabalho consiste em analisar a situação descrita por Rodrigo Barría Díaz, de modo a definir se a vítima terá ou não direito à indenização pelos danos experimentados e, em caso positivo, quem deve indenizar e de que forma:

[...] el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo que se presenta cuando dos o más sujetos, en forma espontánea o concertada, realizan una actividad o asumen una conducta o comportamiento que es susceptible de causar un daño, el cual se produce efectivamente, pero es absolutamente imposible determinar cuál de esos sujetos ha sido el causante material e individual del perjuicio, a pesar de que el grupo se encuentra plenamente indentificado.

O mesmo questionamento é levantado por Julio Alberto Díaz:

A questão que abordamos, no presente capítulo, é a de tentar determinar se existe uma responsabilidade coletiva, ou anônima, de cada um dos integrantes de um grupo que provocou um dano, pelo fato de se ter provado que um agente não identificado, mas componente do grupo, foi o autor.²

Definir a responsabilidade de indenizar em situações como a descrita é tarefa um tanto árdua, uma vez que nos deparamos com opiniões contraditórias, que vão desde o não reconhecimento de qualquer direito à indenização para a vítima, até a condenação solidária de todos os membros do grupo.

Salientamos, na introdução deste trabalho, que a tendência, com a valorização da vítima em matéria de responsabilidade civil, é a condenação solidária dos membros do grupo para que aquele que experimentou o dano não reste sem qualquer reparação.

Todavia, esse entendimento, no campo da responsabilidade civil, vai de encontro à tradicional forma de se buscar a reparação de um prejuízo, que exige a identificação do causador do dano, a prática de ato com dolo ou culpa e a demonstração cabal do nexo de causalidade entre a conduta do agente e as consequências experimentadas pela vítima.

Como estamos diante de uma situação que praticamente inverte a lógica tradicional da reparação de danos na responsabilidade civil, urge

2 DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 81.

que identifiquemos os elementos que dão fundamento à tese prevalente na doutrina e na jurisprudência, e que parece ser uma tendência também da legislação moderna, de condenar solidariamente o grupo para não deixar a vítima sem qualquer reparação pelo dano experimentado.

Pressupostos da responsabilidade civil no caso de dano provocado por membro indeterminado de um grupo

Rodrigo Barría Díaz³, que defende a aplicação da terminologia “responsabilidade coletiva” para designar o dano provocado por membro indeterminado de um grupo, aponta os seguintes requisitos ou pressupostos necessários à caracterização da situação objeto deste trabalho:

- a. a existência de um grupo;
- b. o dano ser proveniente da atividade do grupo;
- c. unidade de tempo e espaço na atuação dos membros do grupo;
- d. impossibilidade de identificar qual membro do grupo é o autor material e individual do dano.

Cada um dos pressupostos ou requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil em dano causado por membro indeterminado de um grupo será tratado individualmente nos próximos tópicos deste trabalho, vez que seus elementos devem ser, com mais zelo e profundidade, investigados e devidamente compreendidos em sua extensão e sentido.

1.1 Grupo

A existência do grupo, no caso da responsabilidade civil por dano causado por um membro indeterminado dele, é requisito fundamental para a caracterização da situação objeto de nosso estudo.

A questão a ser enfrentada e revelada consiste em saber em quais condições determinada junção ou liame de pessoas deve ser considerado um grupo, bem como quais características o grupo deve ter para que atraia para si a responsabilidade de reparar um dano provocado por apenas um de seus membros, cuja identificação não tenha sido possível.

Parece-nos que, independente da natureza da atividade do grupo - profissional, lúdica, esportiva, artística etc. -, há o ensejo à indenização por

3 DÍAZ, B. op. cit., p. 46-49.

qualquer dano provocado por um de seus membros cuja identificação não foi possível determinar. Outrossim, o agrupamento pode conter somente pessoas físicas, pessoas físicas e jurídicas, ou apenas pessoas jurídicas. Além do mais, o grupo pode ou não ser uma entidade com personalidade jurídica. Tais características não obstam a reparação civil em caso de ocorrência de dano provocado por um de seus membros que não seja identificado.

Outra questão que merece uma melhor reflexão é quanto à necessidade ou não de haver um prévio acordo e/ou planejamento entre os participantes, na constituição do grupo.

Tanto Rodrigo Barría Díaz, como Virginia Múrtula, entendem que não se faz necessário qualquer acordo prévio para a formação e a caracterização da responsabilidade do grupo, a qual pode ocorrer de forma espontânea em razão de um estímulo circunstancial.

Sobre o tema, Virginia Múrtula leciona o seguinte:

Por tanto, creemos que se debe mantener un concepto amplio de grupo referido al caso de dos o más personas que se hallen unidas en el desarrollo de cualquier actividad de forma concertada o bien espontáneamente y en relación con las cuales exista duda sobre quien fue el autor directo del daño.⁴

Assim, em consonância com a atual tendência de não deixar, na medida do possível, a vítima sem reparação pelo dano sofrido, pensamos que o melhor entendimento é o que realmente não exige maiores formalidades e até mesmo prévio acordo para que um agrupamento ou liame de pessoas possa ser responsabilizado por um dano provocado apenas por uma delas, cuja individualização não foi possível determinar.

1.2 O dano deve ser proveniente da atividade do grupo

De regra, é necessário que se demonstre a relação de causalidade entre a conduta do responsável pela indenização e o dano experimentado pela vítima.

No caso do dano causado por um membro indeterminado de um grupo, deve-se demonstrar a relação de causalidade entre o dano e a atividade perigosa criada pelo grupo. Seria essa atividade perigosa, e

⁴ MÚRTULA, Virginia L. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 91.

não a que individual e materialmente gerou o dano, que une todos os componentes do grupo na responsabilidade de indenizar a vítima.

Sobre o nexo de causalidade entre a conduta do grupo e o dano sofrido, reproduzimos a lição da Professora Virginia Múrtula:

El demandante para responsabilizar al grupo tendrá que probar que el daño proviene de sus integrantes, aunque no pueda concretar cuál de ellos fue su agente. Esto es, tendrá que probar una relación de causa-efecto entre el hecho de los miembros del grupo y el resultado. No hay que olvidar a este respecto que la causalidad del daño no tiene que ser exclusiva y puramente material, sino que también puede imputarse según las circunstancias a quienes, aun sin participar personalmente en el acto inmediatamente causante del daño, intervinieron, sin embargo, en el hecho que mediatamente dio ocasión a aquél.⁵

1.3 Unidade de tempo e espaço na atuação dos membros do grupo

Os doutrinadores espanhóis Díaz-Picazo⁶ e Fernando Pantaleón⁷ defendem a necessidade de que a atividade grupal constitua um fenômeno unitário, no tempo e no espaço, para que o grupo possa ser responsabilizado.

Por sua vez, Rodrigo Barría Díaz entende que não se deve exigir, para caracterização da responsabilidade do grupo, uma unidade de tempo e espaço na atividade de seus membros. Em suas palavras:

Pero también es cierto que el presupuesto solamente requiere unidad en el comportamiento grupal, lo que viene dado por la propia forma en que esa actividad se realiza. En otras palabras, es un asunto de hecho que debe observarse y deducirse del propio comportamiento del colectivo, con independencia de si se desarrolla en un prolongado espacio de tiempo, por lo que su entendimiento también debe ser amplio.⁸

Para fundamentar seu entendimento, Rodrigo Barría Díaz apresenta o seguinte exemplo:

5 MÚRTULA, op. cit., p. 93.

6 DIÉZ PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Cívitas, 1999. p. 176.

7 PANTALEÓN, Fernando. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n. 2, abr./ago. 1983.

8 DIAZ, B., op. cit., 2008. p. 60.

Sobre lo anterior se puede agregar que uma de las formas de solución del daño que estudiamos es la llamada market share liability, fórmula que ha sido especialmente utilizada en el derecho norteamericano respecto de daños causados por productos defectuosos. El evento que dio origen a esta solución es el llamado caso DES (Sindell vs. Abott), consistente en las graves enfermedades que sufrieron las hijas y nietas de mujeres que, durante el período de embarazo, consumieron el medicamento del mismo nombre, que posteriormente se manifestó como un potencial agente cancerígeno para la descendencia femenina de estas mujeres⁹. Las demandantes de este juicio no solo se enfrentaron a la indeterminación de los fabricantes específicos del medicamento consumido, sino también al problema del consumo de este producto por sus madres (e incluso abuelas) con muchos años de anticipación a la manifestación de los síntomas. Sin embargo, la sentencia no rechazó la demanda, sino que la concedió empleando esta vía, que entre otras características, exige una mínima comprobación de aquellos fabricantes que operaron durante el período de consumo por las afectadas del DES, a pesar de la distancia temporal que mediaba entre la fecha del consumo y la realización del proceso.¹⁰

Parece-nos que a razão é companheira de Rodrigo Barría Díaz, vez que o mais importante é que as atividades dos membros do grupo estejam ligadas ao resultado independentemente do fato de terem se desenvolvido em um curto ou largo espaço de tempo.

1.4 Impossibilidade de identificar qual membro do grupo foi o autor material e individual do dano

Um dos requisitos fundamentais para caracterizar a responsabilidade do grupo no caso do objeto em estudo, é que a vítima não seja capaz de identificar o único responsável material do dano, até porque, se a identificação fosse possível, os demais membros do grupo ficariam isentos da obrigação de indenizar a vítima.

Além do mais, é imprescindível que a impossibilidade de identificar o único autor material do dano não seja atribuída à vítima.

Sobre a necessidade de restar caracterizada a impossibilidade de identificação do autor material do dano, valiosa é a lição de Julio Alberto Díaz:

9 Sobre el tema en la literatura Española, RUDA, Albert. *La responsabilidad por cuota de mercado a juicio, en In Dret*, março de 2003. Disponível em: <www.indret.com/pdf/147_es.pdf> Acesso em: maio de 2015.

10 Ibidem. p. 60.

[...] Obviamente, deve tratar-se de um dano anônimo, assim qualificado pela impossibilidade real da determinação do autor daquele. Esta circunstância não pode ser identificada com a mera falta de prova por negligência processual da vítima. Pelo contrário, o sujeito que sofre o dano deve esgotar a possibilidade da identificação do responsável até colocá-lo, no mínimo, dentro de um círculo reduzido de pessoas.¹¹

2 VÍTIMA INTEGRANTE DO GRUPO

Uma questão que também merece análise, é se o fato de a vítima pertencer ao mesmo grupo do autor material do dano, a impede de ser indenizada. Um exemplo clássico é quando, em uma partida de caça, um dos caçadores é atingido por um tiro disparado por outro caçador não identificado, integrante do mesmo grupo ao qual pertence a vítima.

Ricardo de Ángel¹² e Rodrigo Barría Díaz¹³ advogam que, quando a vítima for integrante do grupo, os demais ficam isentos do dever de indenizar, tendo em vista o que chamam de “consentimiento de la víctima”.

Virginia Múrtula, por sua vez, defende que, em determinadas situações, nas quais a vítima não atue de forma determinante para a realização do dano, ela terá direito à indenização custeada pelos demais integrantes do grupo. Entretanto, em valor menor do que seria atribuído a uma vítima que não pertencesse ao grupo. Reproduzimos, a seguir, a lição da Professora da Universidade de Alicante:

[...] cuando la víctima con su acción ha contribuido a la producción del resultado dañoso, pero no de forma determinante, dará lugar a la correspondiente moderación indemnizatoria a juicio discrecional del juez, por la vía del art. 1103 de Código Civil.¹⁴

Entendemos que a razão está no posicionamento defendido por Ricardo de Ángel e Rodrigo Barría Díaz, vez que a vítima consentiu em participar das atividades perigosas exercidas pelo grupo ao qual pertencia, além de desfrutar dos prazeres e benefícios de tais atividades.

11 DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 87.

12 RICARDO de Ángel. Indeterminación del causante de un daño extracontractual. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 1, p. 75, jul 1983. .

13 DIAZ, B., op. cit., p. 64.

14 MÚRTULA. op. cit., p. 99-100.

Por outro lado, estabelecer um valor menor para a vítima que componha o grupo do que para aquela que não o integre, parece-nos uma tarefa eminentemente subjetiva e de considerável dificuldade a ser exercida pelo julgador. O que atrai a responsabilidade do grupo é a demonstração do nexo causal entre a atividade perigosa desenvolvida por ele e o dano experimentado pela vítima. No caso de ela pertencer ao grupo, tem-se que era uma das geradoras da atividade perigosa. Assim, a melhor solução, ao que parece, é a que isenta os demais membros do grupo de qualquer responsabilidade de indenizar.

3 RESPONSABILIDADE DE GRUPO

Outra questão importante é sobre como devem responder os membros do grupo no tocante à indenização devida à vítima. Devem responder solidariamente ou cada membro do grupo será responsabilizado apenas por sua parte na indenização (valor total dividido entre os integrantes do grupo)?

Para a vítima, o mais vantajoso, sem dúvida alguma, é que os membros do grupo respondam solidariamente, vez que ela pode acionar qualquer um ou alguns de seus membros, especialmente aquele ou aqueles possuidores de patrimônio para suportarem a indenização, deixando fora da ação os insolventes. Certo é que aquele ou aqueles que suportarem o pagamento da indenização terão direito de regresso contra os demais membros do grupo. Dessa forma, tal tarefa, muitas vezes inócua em razão do demandado não possuir patrimônio, passa da vítima para aquele ou aqueles que, de forma solidária, suportaram a indenização.

Tendo em conta a tendência moderna da responsabilidade civil no sentido de conferir mais proteção à vítima, não resta dúvida que a solução mais acertada é a que defende que cada membro do grupo responda de forma solidária no tocante à indenização devida à vítima. Essa também é opinião de Rodrigo Barría Díaz, que assim se manifesta:

Como se ve, la solución a adoptar es importante y desde ya manifesto mi apoyo a la tesis de la condena solidaria de todos los miembros del grupo, porque considero que es la fórmula que mejor protege a la víctima del acontecimiento dañoso y porque es la que más se acerca a la finalidad primera del Derecho de daños, como lo es la obtención de la reparación de todos los perjuicios sufridos por la víctima, al garantizarle a aquella que, en caso de insolvencia de uno o más de los condenados al pago, siempre va tener la posibilidad de dirigirse en contra de algún otro por la totalidad, sin tener que iniciar cuantas acciones procesales sean necesarias en atención al número de deudores, por la parte que a cada uno le corresponda.¹⁵

¹⁵ DÍAZ, B., op. cit., p. 72.

Reconhecendo a ausência de uma lei geral na Espanha que regulamente a natureza da obrigação, mas citando, entre outros, o artigo 17.3 da Lei nº 38, de 05 de novembro de 1999, que dispôs sobre edificações, e o artigo 33. 5 da Lei nº 1, de 04 de abril de 1970, que dispôs sobre as partidas de caça, os quais atribuem responsabilidade solidária aos membros do grupo, quando não for possível individualizar a conduta e identificar o autor material do dano, Virginia Múrtula¹⁶ conclui que, do conjunto de normas específicas, podemos extrair que:

En el caso del daño causado por un miembro indeterminado de un grupo existe una clara voluntad del legislador de que la responsabilidad que pese sobre cada uno de los partícipes del daño sea solidaria frente a la víctima del daño .

4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O antecedente mais remoto da responsabilidade civil em razão de dano cometido por um membro indeterminado de um grupo é encontrado no Direito Romano, mais precisamente na ação *actio de effusis et dejectis*.

Tal ação visava garantir indenização ao transeunte de via pública que fosse vítima de dano causado por um objeto lançado ou que caísse de um edifício. Note-se que a *actio de effusis et dejectis* atribuía a responsabilidade pela indenização a todos os que vissem ou habitassem a casa ou edifício do qual o objeto caíra ou fora atirado, independente da culpa ou de dolo individual ou de alguns deles, que, eventualmente, sequer tinham conhecimento do fato ou condições de evitá-lo.

Não resta dúvida que o propósito da *actio de effusis et dejectis* era garantir que a vítima de um dano não ficasse sem indenização. Todavia, tal preocupação de garantir uma indenização para cada dano permaneceu relativamente adormecida, até que, na década de setenta do século XX, houve, na França, inúmeras rebeliões violentas de estudantes, que saíram às ruas para protestar e danificaram tudo o que encontraram em seu caminho.

Diante dessa revolta estudantil, violenta e danosa, em cujo seio não foi possível identificar o autor ou autores materiais dos danos, os juristas franceses viram-se diante de um complexo dilema: condenar inocentes ou deixar a (s) vítima (s) sem reparação.

¹⁶ MÚRTULA, op. cit., p. 111-112.

Sabe-se que na França, especialmente sob a influência dos irmãos Mazeaud, era reinante a tese de que a responsabilidade só poderia ocorrer com a demonstração da culpa, conforme salientado por Jorge Mosset Iturraspe¹⁷, na apresentação do livro *Responsabilidade Civil dos Grupos*, de autoria de Vasco Della Guistina.¹⁸

Entretanto, uma parte da doutrina defendeu a responsabilidade daqueles que, ao consentirem em participar do grupo de estudantes revoltosos, assumiram o risco de produzir atividades perigosas, atraindo, assim, o dever de indenização pelos danos provocados pelos membros do grupo.

5 DIREITO COMPARADO

5.1 França

Conforme já ressaltado no tópico “antecedentes históricos”, foi na França, na década de setenta do século XX, por ocasião de atos de violência e vandalismo provocados por estudantes revoltados, que ressurgiu, com força, a discussão sobre a necessidade de buscar maior proteção à vítima, mesmo quando não fosse possível demonstrar o tradicional esquema de responsabilidade civil: autor definido, conduta culposa ou dolosa e nexo de causalidade entre a conduta culposa ou dolosa do autor e o dano experimentado pela vítima.

As discussões sobre o tema objeto deste trabalho também acirram-se na França por ocasião dos debates de dois casos clássicos: o da partida de caça, em que uma pessoa acabou ferida sem que se tenha identificado qual dos membros do grupo de caçadores desferiu o tiro causador da lesão, e o do jogo de futebol, que gerou o dano pelo choque da bola com determinada vidraça, sem que se tenha identificado o autor material do chute gerador do prejuízo.

Até meados do século passado, a doutrina e a jurisprudência francesas eram firmes e praticamente uníssonas em não admitir a condenação quando não fosse identificado o autor do fato culposos/doloso e o nexo de causalidade de sua ação com o dano.

17 Jurista argentino, autor de numerosas obras sobre responsabilidade civil e um dos cinco membros responsáveis pela elaboração do projeto de reforma do Código Civil argentino.

18 GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 9-10.

Os irmãos Mazeaud¹⁹ foram os baluartes desse entendimento. Para eles a demonstração de culpa do agente e a relação de causalidade de sua conduta, dolosa ou culposa, com o dano, eram essenciais para fundamentar uma condenação de reparação de danos. Posição também defendida por Henri Lalou²⁰ na obra *Traité Pratique de La Responsabilité Civile*.

Vasco Della Giustina²¹ assevera que, na França, a partir das vozes de Georges Ripert e de René Démogue, é que começou haver uma mudança na jurisprudência no sentido de admitir a condenação de todo o grupo quando não fosse possível identificar o autor material do dano. A *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 55/537-538 e 694-695, v. 73/543-544 e v.66/718-719, registra decisões judiciais que reconheceram a responsabilidade do grupo no caso da não identificação do autor material do dano. O fundamento dessas decisões é a presunção de culpa do grupo, vez que houve participação em uma atividade comum, da qual o autor do dano certamente fazia parte.

Atualmente, algumas legislações específicas permitem condenar todo o grupo quando não se mostre possível determinar o autor material do dano, merecendo destaque os seguintes textos legais:

- a. art. 1.734 do Código Civil Francês: em caso de incêndio, quando não for possível determinar a origem do fogo e o seu responsável material, admite-se a condenação solidária de todos os locatários em relação ao proprietário;
- b. art. 210, 2, do Código Penal: admite a condenação de todos os proprietários de cabras conduzidas em comum no caso de danos causados por esses animais.

A legislação francesa, somente em casos excepcionais, permite a condenação de um grupo de pessoas quando não seja possível a identificação do autor material do dano. Entretanto, conforme assinalado por Vasco Della Giustina²², a jurisprudência francesa atualmente tende a admitir a responsabilidade solidária do grupo quando não for possível identificar,

19 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 2. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934, v. 2. p. 791 e ss.

20 LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. Paris: Dalloz, 1955. p. 63.

21 GIUSTINA, op. cit., p. 89-90.

22 GIUSTINA. op. cit., p. 98-103.

entre os seus membros, o autor material do dano, vez que os Tribunais podem criar certas presunções e flexibilizações na busca da equidade.

Vale a pena, pela sua clareza, reproduzir os seguintes ensinamentos de Vasco Della Giustina sobre o entendimento atual da jurisprudência francesa:

Quando o autor trouxer a prova de que as condições de responsabilidade estão reunidas contra um membro ideal do grupo ao qual ele se dirige, os Tribunais entendem que é suficiente. A identificação do autor material é uma tarefa que importa, desde então, aos membros deste grupo. Cada um deles, se quiser subtrair-se à responsabilidade *in solidum*, deverá provar que não cometeu o fato danoso ou que outro o cometeu. Em outros termos, a responsabilidade *in solidum* dos autores possíveis de um dano anônimo repousa simplesmente na ideia de que o autor satisfaz às exigências que a lei lhe impõe quanto à prova da causalidade, quando foi estabelecido que o fato que provocou seu dano não pode ser cometido, senão por uma das pessoas que ele designa no processo.²³

Desse modo, a jurisprudência francesa atual, no caso de dano provocado por um membro indeterminado de um grupo, exige que o autor da ação - vítima - demonstre apenas que o dano que experimentou foi certamente causado por um dos membros do grupo, cuja identificação não foi possível, cabendo aos demais membros do grupo que não praticaram o ato material causador do dano, caso queiram isentar-se da indenização, apontar o único autor material do dano ou apresentar provas cabais de que não foram os autores materiais do dano. Como se vê, a presunção de que todos os componentes do grupo são responsáveis por reparar o dano opera em favor da vítima.

Os tribunais franceses também exigem que o autor do processo - vítima -, para beneficiar-se da condenação solidária dos membros do grupo, deve declinar à justiça todas as pessoas suscetíveis de terem ocasionado o dano.

5.2 Alemanha

O Código Civil Alemão, em seu artigo 830, prevê a causalidade alternativa, pois admite a possibilidade de condenar solidariamente todos que participaram da atividade causadora do dano, quando não for possível

²³ *Ibid.*, p. 102.

determinar quem, de fato, é o autor material ou quando não for possível estabelecer o grau de responsabilidade de cada membro do grupo.

O civilista alemão Karl Larenz²⁴ admite a possibilidade de condenar solidariamente todos os membros do grupo quando não for identificado o autor material do dano e reste comprovado que a ação do grupo foi capaz de causar o dano que se busca indenizar. Para Karl Larenz quem pratica um ato perigoso atrai para si a presunção de culpa, ou, no mínimo, de censura.

Assim como Karl Larenz, J. W. Hedemann²⁵ defende que, quando não for possível identificar o autor material do dano, todos aqueles que tomaram parte na ação perigosa são responsáveis solidários por indenizar a vítima. Traduzindo a ideia de Hedemann, Vasco Della Giustina²⁶ assevera que “todos os que tomam parte em condutas perigosas, enfrentam o risco de serem responsabilizados pelo fato”.

Karl Larenz e Hedemann parecem traduzir a opinião dominante no direito alemão, que se baseia na responsabilidade pelo risco da conduta quando não for possível identificar o autor material do dano.

Sobre a posição atual da doutrina e da jurisprudência alemãs, Vasco Della Giustina destaca a aplicação da causalidade alternativa especialmente em danos causados em massa, como, por exemplo, poluição de rios por produtos químicos, lesões causadas pelo consumo de medicamentos etc., ressaltando que, em casos como tais, não é necessário que o grupo seja constituído em razão de prévio acordo entre seus membros, mas apenas que as ações causadoras do dano constituam um fenômeno unitário.

5.3 Espanha

O Código Civil espanhol não contém dispositivo específico que regulamente a responsabilidade quando o dano é provocado por vários agentes, muito menos quando é provocado por um membro não identificado de um grupo.

Existe, no entanto, uma lei extravagante, a Lei de Caça (Ley de Caza), de 04 de abril de 1970, que prevê, expressamente, a possibilidade

24 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 25-626.

25 HEDEMANN, J. W. *Derecho de Obligaciones*. v. III. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 545-546.

26 GIUSTINA, op. cit., p. 111.

de condenação do grupo quando não for possível identificar qual de seus membros foi o autor material do dano causado à vítima.

O artigo 33.5 da Lei de Caça possui a seguinte dicção: “en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”.

O regulamento da Lei de Caça, editado em 25 de março de 1971, no seu artigo 35.6.b trata a matéria da seguinte forma: “en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”.

A grande questão com que os doutrinadores se defrontam, especialmente os espanhóis, é saber se, no silêncio do Código Civil, a regra estabelecida no artigo 33.5 da Lei de Caça pode ser aplicada analogicamente para resolver casos semelhantes.

Fernando Pantaleon²⁷, considerando a ausência de regulamentação da matéria, em caráter geral, pela legislação espanhola, especialmente pelo Código Civil, nega que se possa atribuir responsabilidade solidária aos membros do grupo quando um dos seus integrantes, não identificado, provoca dano a alguém. Entretanto, adverte que, caso entenda-se possível aplicar, por analogia, a Lei de Caça a fatos semelhantes, tal aplicação só será viável em relação às atividades cobertas por um seguro obrigatório, como ocorre com as partidas de caça, ou, quando muito, em relação àquelas cobertas por seguros voluntários.

Em oposição a Pantaleon, encontra-se o professor Ricardo de Ángel²⁸, para quem é possível a condenação solidária de todos os membros do grupo quando não restar identificado qual deles é autor material do dano. O fundamento que leva De Ángel a defender isto, é por ele denominado “doutrina de la actividad colectiva peligrosa”, que o professor espanhol explica da seguinte forma:

cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividade como consecuencia de la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes del colectivo

27 PANTALEON, Fernando. Comentário a la sentencia de Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 2, p. 405 y ss, abr./ago. 1983.

28 ÁNGEL, Ricardo. Indeterminación del causante de un daño extracontratual. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 1, p. 59 e ss, jul. 1983.

quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor directo.²⁹

Portanto, para De Ángel, o que fundamenta a responsabilização do grupo, é a prática de uma atividade perigosa, que atrai, para os seus membros, de forma solidária, as consequências geradas por essa atividade.

Rodrigo Barría Díaz, baseado na observação que Virginia Múrtula, tece sobre o entendimento de Ricardo De Ángel (la responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo), as seguintes observações:

como bien lo há observado Múrtula, la conclusión inmediata que se obtiene del análisis del pensamiento DE ÁNGEL es que la responsabilidad colectiva así concebida no es más que un supuesto de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo creado por los miembros del grupo al llevar a cabo una actividad potencialmente peligrosa, que se concreta en el comportamiento de uno de ellos. El riesgo es el factor a considerar al momento de imputar responsabilidad al grupo, parece decirnos el reputado profesor, lo que se reafirma al recordar la advertencia que nos hace respecto a la implementación de la responsabilidad colectiva en sistemas fielmente seguidores de los criterios culpabilísticos de imputación subjetiva.³⁰

Rodrigo Barría Díaz foi muito feliz ao interpretar o pensamento do festejado professor De Ángel, que aponta como nexos causais da responsabilidade do grupo o liame entre a prática de uma atividade perigosa e o dano experimentado pela vítima, uma vez que o ato material causador do dano não foi gerado diretamente pela simples participação na atividade perigosa, mas pela atuação de apenas um membro não identificado do grupo.

De Ángel advoga, com acerto a nosso ver, que a condenação de todos os membros do grupo a reparar o dano cujo autor material é apenas um de seus membros, representa um caso de responsabilidade objetiva, porque a simples participação em uma atividade perigosa não se caracteriza como ação culposa em relação ao dano cometido por outro membro não identificado do grupo.

29 Ibidem. p. 74.

30 DIÁZ, B., op. cit., p. 154.

A doutrina espanhola majoritária, assim como a jurisprudência, tem-se somado à posição do professor De Ángel no sentido de admitir a responsabilidade solidária de todos do grupo em caso de dano cometido por apenas um de seus membros, cuja identificação restou impossível.

Sobre a doutrina espanhola, também é importante destacar a posição do professor Díez-Picazo³¹, que, assim como De Ángel, advoga a responsabilidade solidária dos membros do grupo. Díez Picazo, entre outras observações, assevera que a aprovação de várias leis, a partir da Lei de Caça, como a Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e a Lei de Responsabilidade Civil por Danos Causados por Produtos Defeituosos, permite o reconhecimento da existência de uma regra geral que fundamenta a atribuição de responsabilidade solidária a todos os membros de um determinado grupo.

Para que se possa compreender o tratamento que o Direito Espanhol dá ao tema, objeto deste trabalho, faz-se necessária a análise de algumas decisões judiciais devidamente catalogadas e selecionadas por Rodrigo Barría Díaz em seu trabalho “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo”.³²

A primeira decisão é a sentença de La Audiencia Territorial de Burgos, datada de 04 de dezembro de 1980. O caso decidido pode ser assim resumido: dois meninos dispararam tiros de espingardas de ar comprimido. Um dos tiros, cuja autoria não foi possível precisar, atingiu o olho esquerdo de um terceiro menino, causando-lhe a perda quase total da visão.

O juízo de Laredo (Primeira Instância), em sentença datada de 30 de setembro de 1978, não deu provimento à ação de indenização movida pela vítima, vez que não foi possível identificar o autor material do disparo que ocasionou a lesão. Da mesma forma, em Segunda Instância, La Audiencia Territorial de Burgos, ao se manifestar sobre o recurso em 04 de dezembro de 1980, confirmou a sentença recorrida.³³

31 DIEZ-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999. p. 163 a 168.

32 DIÁZ, R., op. cit., p. 126-148.

33 Trecho da parte conclusiva da decisão da Audiencia Territorial de Burgos: “[...] y descartada, naturalmente, toda forma de intencionalidad, acuerdo o concierto previo para producir el resultado lesivo, en la medida que no se pudo determinar el autor Del único disparo causante de la lesión, es obvio y evidente que faltando por carência total y absoluta de prueba la necesaria relación de causalidad, no existen ya términos hábiles para que entre en juego la doctrina de la culpa, ni aún por mecanismos de presunción en aplicación de la teoría del riesgo u otra equivalente.”

O segundo caso que entendemos importante reproduzir, trata-se da decisão da Audiência Territorial de Palma de Mallorca, datada de 24 de janeiro de 1981. A situação analisada e decidida pode ser assim resumida: dois meninos, ambos com de doze anos de idade, ao atirarem pedras em um terceiro aluno que estava do lado de fora de uma escola, atingiram o olho de um quarto garoto que estava próximo, causando-lhe grave lesão no olho esquerdo.

O juízo de Inca (Primeira Instância) manifestou-se pelo não provimento da ação de indenização manejada pela vítima, sob o argumento de que não foi possível determinar qual dos dois meninos que atiraram pedras foi o autor material do arremesso que atingiu o seu olho esquerdo. Em Segunda Instancia, a audiência Territorial de Palma de Mallorca, por sua vez, reformou a sentença do juízo de Inca e condenou os pais dos dois meninos que atiraram pedras a indenizar a vítima. Entretanto a condenação teve por fundamento o reconhecimento de que ao arremessarem as pedras os meninos agiram de forma culposa.³⁴

Note-se que os dois casos reproduzidos são idênticos. Contudo obtiveram decisões diferentes de juízos distintos. O primeiro não mereceu acolhida do Judiciário sob o argumento de que não foi possível precisar o autor material do dano, restando à vítima ficar sem indenização. No segundo caso, a Audiência Territorial de Palma de Mallorca reconheceu o direito da vítima à indenização com base em que os autores dos arremessos de pedras agiram com imprudência (culpa), a despeito da vítima não ter podido identificar o autor material do ato que lhe causou a lesão.

Outra decisão que merece ser reproduzida foi a proferida pelo Tribunal Supremo da Espanha, datada de 8 de fevereiro de 1983. Em resumo, o caso decidido trata de seis meninos que brincavam de jogar, uns nos outros, pequenos objetos metálicos afiados, quando um dos objetos, não se sabe atirado por quem, atingiu o olho de um menino que passava próximo, causando-lhe grave lesão com perda quase total da visão.

34 *“[...] y siendo esta notória culpa a ambos atribuible, y siendo la misma finalidad conjunta de ambos niños, determinante a su vez de que haya de ser calificada como necesariamente culposa, no cabe que se pueda amparar la acción particularizada de ninguno de los dos en orden al resultado producido y a la responsabilidad que ha de ser su consecuencia, a pretexto de la imposibilidad práctica de la prueba de cuál de ellos hubiera sido el lanzador de la piedra precisa que causó la herida, dejando así inerte al lesionado en su manifestamente justa pretensión de ser indemnizado.”*

O Tribunal Supremo da Espanha, pela primeira vez, aplicou a teoria da responsabilidade coletiva para condenar um grupo de pessoas quando não foi possível precisar o único autor material do dano.³⁵

Essa decisão está assentada, entre outros, nos seguintes fundamentos:

- a) a responsabilidade dos condenados nasce do fato de terem praticado uma conduta perigosa (tese defendida por Ricardo De Ángel³⁶);
- b) não é empecilho para a condenação o fato de não restar demonstrada a identificação do autor material do dano;
- c) as disposições constantes do Código Civil e da Lei de Caça sobre a responsabilidade coletiva extracontratual podem ser aplicadas, por analogia, a outras situações em que o dano é cometido por um membro indeterminado de um grupo;
- d) invocação da equidade para não deixar sem reparação a vítima que não puder apontar o autor material do dano, em razão deste esconder-se no anonimato do grupo.

Outra sentença do Tribunal Supremo da Espanha, datada de 11 de abril de 2000 (RJ 2148), condenou os responsáveis - pais - por um grupo de menores que efetuou disparos com rifles de ar comprimido, sendo que um dos disparos, cuja autoria restou indefinida, atingiu um menor lesionando-lhe gravemente o olho esquerdo. Reproduzo trecho do fundamento da decisão:

la doctrina jurisprudencial ha insistido en que procede la solidaridad entre los sujetos a los que alcanza una responsabilidad por el ilícito culposo con pluralidad de agentes y concurrencia causal única cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos, ni establecer tampoco las distintas responsabilidades.

35 “[...] la circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo Bermejo no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código Civil, artículos 1910, 1564, 1683 y 1787, y la Ley de caza, de 4 de abril de 1970 (artículo 33.5), contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas por pertenecientes a grupos determinados [...]”.

36 ÁNGEL, op. cit., p. 74.

Interessante, também, é a sentença do Tribunal Supremo da Espanha, de 2 de novembro de 2004 (RJ 6864), que decidiu um caso com as seguintes características: uma pessoa perdeu a vida em razão do ataque de uma vaca de um rebanho composto por reses pertencentes a dois donos. Um dos donos era irmão da vítima e, juntamente aos outros irmãos, ajuizou ação de indenização contra a companhia seguradora do outro proprietário, que, por sua vez, também era dono da fazenda onde a morte ocorreu. A seguradora defendeu-se em Juízo alegando que um dos demandantes - irmão da vítima - também seria responsável pelo dano, vez que era dono de vacas que compunham o rebanho em que se encontrava o animal que atacou e matou a vítima. O Tribunal Supremo da Espanha acatou alegação da seguradora e decidiu que o demandante irmão da vítima nada podia reclamar em Juízo, pois era um dos responsáveis pelo evento danoso.³⁷

Finalmente, trataremos da sentença do Tribunal Supremo da Espanha, datada de 8 de março de 2006 (RJ 1076), cujo caso decidido possui as seguintes características: Cinco menores colocaram em uma garrafa um elemento químico altamente explosivo. Um desses meninos guardou a garrafa no interior de um tubo localizado em uma obra. Essa garrafa, que foi encontrada posteriormente por outro menino, explodiu ao ser manipulada.

O Tribunal Supremo da Espanha acolheu a tese da responsabilidade coletiva defendida pela vítima e condenou os pais dos menores, de forma solidária, ao pagamento de indenização.³⁸ Essa decisão possui duas características que merecem destaque:

- a) pela primeira vez, expressamente e de uma forma incisiva, uma decisão judicial (sentença) reconhece que a responsabilidade dos membros do grupo nasce pela participação em uma atividade de risco;

37 *"la responsabilidad ha de atribuirse a ambos, al no haberse podido concretar de quién era la vaca que embustió, solo que pertenecía a la exploración ganadera en la que el titular permitía que se mantuviesen vacas de D. Armando (hermano demandante) en concepto de 'excusas'. Por tanto, el mismo no puede reclamar nada al Sr. José Pablo por la muerte de su hermano, víctima mortal de la embestida, por ser igualmente responsable, asegurando la misma demandada y recurrente Fiatc su propio ganado."*

38 *"La circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes ocultó materialmente el producto sobrante que permitió su descubrimiento posterior por parte de otros menores... no obsta a la responsabilidad de todos ellos, pues todos mostraron su conformidad con la actividad creadora del riesgo del daño; responsabilidad que se debe imputar de una forma solidaria a cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, los padres de los menores causantes del daño."*

b) adota-se o critério objetivo para estabelecer a responsabilidade do grupo pela reparação do dano em razão da sua participação em uma atividade de risco.

Do que foi exposto, pode-se concluir que a tendência do Tribunal Supremo da Espanha, no caso de dano ocasionado por membro não identificado de um grupo, é condenar solidariamente todos os membros do grupo a ressarcirem a vítima, em razão da participação em uma atividade de risco.

6 BRASIL

No Brasil, assim como na Espanha, o Código Civil não regulamenta expressamente a responsabilidade civil em razão de dano provocado por um membro indeterminado de um grupo. Também não se tem notícia de legislação extravagante dispendo sobre a matéria.

No campo doutrinário, entre os raros autores que ousaram enfrentar o tema, destacamos a obra de Vasco Della Giustina, intitulada “Responsabilidade Civil dos Grupos”³⁹, mencionada algumas vezes neste artigo.

Escassas também são as decisões judiciais. Entretanto é importante destacar duas, que passaremos a analisar.

A primeira, da Primeira Câmara Cível Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datada de 25 de novembro de 1970, referente à Apelação Cível nº 11.195, trata do seguinte caso, conforme relatório constante do próprio Acórdão:

1 - O autor, ora apelante, quando assistia ao desfile de carros alegóricos, por ocasião da 1ª Festa da Vindima, na cidade de Flores da Cunha, foi gravemente ferido por um disparo de arma de fogo.

Tal disparo, como é admitido pelos próprios réus e restou amplamente provado, partiu do carro alegórico em que se encontravam os apelados.

Esse carro, que denominaram ‘Os Caçadores’, se constituía em uma homenagem aos cultores da caça, esporte largamente praticado naquela

39 GIUSTINA, op. cit., 1991.

região. Seus componentes, como exigia o motivo por eles escolhido, portavam espingardas e petrechos de caça.

Conduziam, ainda, uma gaiola com pombos, que seriam soltos e alvejados, no momento em que defrontassem o palanque oficial.

Ao longo do trajeto, disparavam tiros de festim, nos quais, ao invés do chumbo, utilizavam confete.

Esses disparos foram feitos, também, na frente do prédio em que se acha instalada a casa comercial de José Basso e em cuja sacada, assistindo ao desfile, se encontrava o autor.

Ocorreu, porém que entre os tiros de festim, houve disparo de tiro real, com chumbo e confete, que veio a atingir o apelante, no rosto e no tórax, produzindo-lhe lesões graves, que resultaram na perda total da visão do olho direito, além de incrustações nos pulmões, com sérias consequências para a saúde da vítima.

No âmbito penal os réus foram absolvidos com esteio nos seguintes fundamentos:

- a) não admissão de co-autoria em crime culposos;
- b) impossibilidade de identificação do autor material da lesão experimentada pela vítima.

No juízo cível, em Primeiro Grau de Jurisdição, os réus também lograram obter a absolvição, vez não foi possível identificar, entre os membros do grupo, o autor material do único disparo que atingiu a vítima (autora).⁴⁰

Todavia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença e deu provimento à apelação, condenando solidariamente os integrantes do grupo ao pagamento de indenização à vítima - Apelante.⁴¹

40 Trecho de Acórdão na parte em que se refere à sentença: "O digno magistrado de 1º grau, afastou a responsabilidade solidária, entendendo que a condenação só poderia recair na pessoa do verdadeiro culpado. A obrigação solidária de reparar o dano, segundo o entendimento da sentença, não caberia, ainda que se admitisse que a não identificação do autor do disparo decorresse do silêncio intencional dos apelados."

41 Trecho do Acórdão que reformou a sentença e deu provimento à apelação: "2 - A sentença recorrida, está, data vênia, divorciada dos melhores ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, no vastíssimo campo da responsabilidade civil, merecendo, assim, ser reformada."

Destacamos os seguintes fundamentos que alicerçam o Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no caso do desfile de carro alegórico por ocasião da 1ª Festa da Vindima, na cidade de Flores da Cunha:

- a) tendência da doutrina e da jurisprudência de, no campo da responsabilidade civil, não deixar a vítima desprovida de indenização;
- b) falha no dever de guarda das munições por parte dos integrantes do grupo;
- c) participação em uma atividade de risco.

Note-se que um dos fundamentos da condenação do grupo é a culpa de seus membros caracterizada pela deficiência na guarda das munições verdadeiras, permitindo-se, com isso, que um dos “caçadores”, não identificado, efetuasse o disparo que causou graves lesões à vítima.

A segunda decisão judicial que consideramos importante destacar foi a prolatada no Recurso Especial nº 26.975 - RS, em 18 de dezembro

Ninguém pôs em dúvida, no curso de toda a ação, que o apelante foi vítima de um mal injusto e grave, provocado por culpa inescusável de outrem.

Implica isso, necessariamente, em reconhecer, como um dogma, o direito do ofendido à reparação do dano. Avolumaram-se as dificuldades e não as pode vencer o juiz, na determinação de quem o responsável pelo ressarcimento.

Modernamente, a ideia do ressarcimento prima sobre a da responsabilidade. Há, cada vez mais, a preocupação de não deixar o ofendido sem reparação, o que, aliás, corresponde às exigências permanentes da justiça e à aspiração de segurança necessária à paz social.

Procedem, assim, inteiramente, as censuras do apelante ao julgado de 1ª Instância, clara e proficientemente deduzidas nas doutas razões de fls. e fls.

A responsabilidade solidária dos réus, se por outros motivos não se impusesse decorreria, no mínimo, da falta do cumprimento do dever de guarda da coisa.

É inafastável, eis que evidenciada pela própria ocorrência, que no carro havia espingardas, ou cartuchos com carga real, que deveriam ser utilizados, no momento da largada dos pombos.

Aliás, há referência nos autos de que, quando soltos na passagem pelo palanque oficial, os pombos, efetivamente, foram alvejados, vindo um a cair no meio da praça.

Todos os participantes daquele carro alegórico, mormente, os ‘caçadores’, tinham o dever de guarda das armas ou cartuchos carregados com chumbo, evitando, naquela arriscada aventura, pudesse o uso indevido ou temerário das armas ou munições causar danos a terceiros.

Todos, evidentemente, falharam no cumprimento daquele dever e só isso bastaria para que, solidariamente, respondessem pelo pagamento da indenização.

Dafí porque, em votação unânime, acolhendo inteiramente a irresignação do apelante, dão provimento ao recurso, para julgar procedente a ação nos termos do pedido.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Dr. Amaral Braga, eminente membro desta Câmara. Porto Alegre, 25 de novembro de 1970.

Manoel Brustoloni Martins, Presidente.

Oscar Gomes Nunes, Relator.”

de 2001, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Resumo do caso: Um grupo de pessoas, portando pedaços de madeira, agrediu o Senhor Nilo Jacinto, que veio a falecer. A viúva e os filhos da vítima moveram ação contra os integrantes do grupo com o objetivo de condená-los ao pagamento de uma prestação pecuniária mensal.

Em preliminar, os demandados requereram o sobrestamento do feito até o deslinde do processo criminal. A preliminar foi rejeitada e a sentença foi prolatada condenando os réus, solidariamente, a pagarem aos autores a quantia mensal de um salário mínimo a partir da morte da vítima até a data em que ela completaria 65 anos. Os condenados apelaram.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação com esteio nos seguintes fundamentos:

- a) os réus foram absolvidos no processo penal por inexistência de prova e não por negativa de autoria;
- b) aplicação da causalidade alternativa;
- c) prova testemunhal suficiente para comprovar que o dano experimentado pela vítima foi proveniente de ação do grupo a que pertenciam os apelados.⁴²

42 “ABSOLVIÇÃO PELO JÚRI E RESPONSABILIDADE CIVIL. Descompasso entre as normas do art. 1.525 do C. Civil e dos arts. 386 e 66 do Cód. de Processo Penal. Ausência na casuística legal dos motivos de absolvição (CPP, art. 386), da hipótese de cabal verificação de não haver o réu contribuído para o evento lesivo, prevista apenas a de inexistência de prova dessa participação. Inexistência, por igual, de referência à negativa de autoria no art. 66 do CPP. Conclusão pela parcial derrogação, por lei mais nova (CPP), do disposto no art. 1.525 do C. Civil. Peculiaridades do julgamento pelo Tribunal do Júri, impotentes para modificar o regime da prejudicialidade interjurisdicional. Diversidade de critérios de apuração da responsabilidade penal e da civil, no atinente à causalidade.

‘CAUSALIDADE ALTERNATIVA’. Forma suposta de causalidade, inadmissível para efeitos penais, mas suficiente para a fixação da responsabilidade civil. Falta de prova suficiente de haver qualquer dos demandados, individualmente, golpeado a vítima de modo a concorrer efetivamente para causar-lhe a morte, fundamento da absolvição criminal, sem força, entretanto, para afastar a responsabilização civil, a cuja configuração basta a prova de integrarem os réus o grupo participante da briga durante a qual tais golpes foram desferidos. Lições doutrinárias e precedentes pretorianos.

PROVA. Demonstração testemunhal suficiente desse pressuposto de participação, ainda que insuficiente para deslindar a exata forma e extensão da cota com que cada qual dos réus concorreu para o resultado lesivo.

CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência no simples indeferimento de inquirição de pessoas referidas, cuja oitiva o juiz não considerou necessária ao seu convencimento. Direito subjetivo processual à inquirição limitado ao rol de testemunhas numerárias; mera faculdade judicial a de ouvir também as referidas.

Apelação improvida, rejeitada a preliminar.”

Inconformados com a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, três condenados no processo cível manejaram recurso especial, com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal (caso decidido pelos Tribunais dos Estados em contrariedade à lei federal), alegando ofensa ao artigo 1.525⁴³ do Código Civil Brasileiro, já que haviam sido absolvidos no juízo criminal, bem como inaplicabilidade da teoria da causalidade alternativa.

O Relator do processo, Ministro Aldir Passarinho Junior, votou pelo não conhecimento do recurso especial, no que foi acompanhado, à unanimidade, pelos demais membros da Quarta Turma do STJ.

Em seu voto, o Ministro Aldir Passarinho Junior adotou como razão de decidir os fundamentos constantes do voto de lavra do Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, acatou a tese da causalidade alternativa para condenar o grupo haja vista que não foi possível identificar o autor material do dano.⁴⁴

43 Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

44 Trecho do voto proferido pelo Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, relator do processo (apelação) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, transcrito no voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, relator do feito no Superior Tribunal de Justiça:
“[...] Essa ideia parece confirmar-se, segundo penso, quando nós lemos o art. 66 do CPP. Diz esse artigo: ‘Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’. Diante dessa expressão do art. 66, que contempla tão-somente a hipótese da inexistência material do fato, parece-me questionável se, depois da edição do Código do Processo Penal, teria permanecido em vigor a última parte do art. 1.525 do CC. Devo confessar que, também, na muito aligeirada pesquisa que fiz não encontrei qualquer indicação nesse rumo, seja da doutrina, seja da jurisprudência. Entretanto, a leitura do art. 66 parece-me particularmente impressionante, porque nos demais artigos que tratam da ação civil no Código de Processo Penal nós encontramos tratadas outras matérias, tais como as chamadas excludentes, que aqui, absolutamente, não vêm ao caso, porque nós estamos tratando de autoria tão-somente. E, no que diz respeito à autoria, aqui, nos arts. 63 a 68, nós não encontramos uma disposição que coincida com a parte final do art. 1.525 do CC. Atrevo-me, portanto, a dizer, por todos esses motivos, por todas essas razões, que, na realidade, está derogada a parte final do art. 1525 do CC, e, na verdade, o que perdura de coisa julgada criminal afastando a possibilidade de investigação no juízo cível é apenas aquilo que diz respeito à existência do fato. Essas conclusões, parece-me que se podem extrair do confronto entre o art. 1525 do CC e o art. 386 do CPP e com maior razão da comparação entre o mesmo art. 1.525 e o art. 66 do CPP. Esta visão do problema da prejudicialidade interjurisdicional, a meu ver, afasta, para o caso dos autos, a incidência da proibição legal de busca de prova relativamente à autoria, seja porque nós não sabemos em que sentido exato foi a manifestação do Tribunal do Júri, seja pela taxativa afirmação de não haver o réu concorrido para a prática do fato, ou se pela simples insuficiência de prova a esse respeito, mas principalmente, pela disposição do art. 66 que, sendo de edição mais recente do que o art. 1525 do Código Civil, teria, a meu ver, derogado a sua parte final, já que solucionou de modo diverso e incompatível o mesmo problema legislativo que se coloca em um e em outro artigo. Hoje, à luz dessa interpretação conjugada dos dispositivos, eu leria o art. 1.525 do CC apenas assim: ‘A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar sobre a existência do fato quando esta questão se achar decidida no crime’.

No que diz respeito à autoria, não encontro na legislação mais nova, que é o Código de Processo Penal, a exceção ao princípio geral de que a responsabilidade civil e a criminal são independentes.

Parece-me que esse raciocínio ganha um relevo ainda maior, quando nós cogitamos de uma situação que é a do caso concreto, em que a autoria do fato estaria abrangida no moderno conceito de Direito Civil, de Direito das Obrigações, de causalidade alternativa.

O Ministro Barros Monteiro acompanhou o entendimento do Relator, Ministro Aldir Passarinho Junior, tendo por fundamento o conceito da causalidade alternativa ou da responsabilidade do grupo diante da impossibilidade de identificar o autor material do dano.⁴⁵

Podemos concluir que, tanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como o Superior Tribunal de Justiça, no caso tratado, entenderam

Nós sabemos que a chamada causalidade alternativa ou responsabilidade de grupo, aquela situação em que diversos agentes participam de uma ação intrinsecamente perigosa e dessa ação resulta um determinado dano, nós sabemos que na jurisdição criminal, sem a precisa identificação, individual e pessoal do autor desse dano, não pode haver condenação. Na jurisdição civil, ao contrário, está se desenvolvendo, cada vez mais, a admissibilidade da chamada causalidade suposta, uma de cujas variantes é a causalidade alternativa, em que nós temos precisamente a ação de um grupo que atua conjuntamente e de uma forma tal que qualquer dos integrantes desse grupo poderia ter causado o dano. E mais, em circunstâncias tais que se o grupo não tivesse atuado como atuou o dano não se haveria produzido.

Esse interessantíssimo tema da causalidade alternativa foi objeto de uma tese de mestrado do hoje nosso eminente Colega do Tribunal de Alçada, Dr. Vasco Delia Giustina, intitulado precisamente esse trabalho A Causalidade Alternativa e o Dano; o autor desse estudo analisa a evolução do tema na doutrina europeia, especialmente no Direito Alemão e no Direito Francês, para demonstrar que, modernamente, a tendência é cada vez mais no sentido de admitir-se essa causalidade alternativa. E lembra, inclusive, o ilustre autor da tese, depois publicada com o título 'Responsabilidade Civil dos Grupos' (Rio de Janeiro: Aide, 1991), reportando-se principalmente aos trabalhos de Gêneviève Viney, na França, e de Clóvis do Couto e Silva, no Brasil, ter essa orientação ampla acolhida nos tribunais, tanto lá como aqui, Merece menção especial o estudo de Couto e Silva, por ora publicado somente em francês, sob o título '*Principes fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé - Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de Sr. Maur, Paris XII, 1988*'.

[...] Essa é a ideia da causalidade alternativa ou da responsabilidade de grupo, que mais uma vez ressalvo, seria perigoso transportar para o terreno do Direito Penal. Entretanto, no Direito Civil, ganha corpo, e parece que a tendência é ganhar cada vez mais aceitação, na medida em que as atividades coletivas de caráter perigoso tendem a aumentar na sociedade massificada.

O que isso tem a ver com o caso concreto? No caso concreto, estabeleceu-se uma briga, aparentemente desdobrada em mais de uma fase, segundo se pode inferir da prova, e, ao mesmo tempo, ou em diferentes momentos dessa refrega, participaram com outros os ora demandados. Qualquer dos demandados poderia ter causado o dano. Mas independentemente de qualquer deles ter, efetivamente, causado o dano, todos sem dúvida nenhuma, concorreram para que o dano se produzisse, pelo simples fato da participação na briga. Aqui se argumenta, por exemplo na apelação, relativamente a um dos demandados, que ele não empunhava trama de cerca, nem moirão, apenas um graveto leve que não poderia produzir lesões de maior gravidade. Dentro da ideia da causalidade alternativa isto é irrelevante, não importa se ele poderia ter sido o autor direto do dano, ele concorreu para que o dano se produzisse pelo simples fato da sua participação na atividade perigosa que se desenvolvia.

A ideia que me parece deva ser estabelecida no caso concreto é esta, a de que basta a fixação da responsabilidade civil dos demandados, a demonstração de haverem eles participado do conflito do qual resultou a morte do marido e pai dos ora autores apelados. E essa prova, segundo excelente análise da sentença, a meu sentir, está amplamente feita. Numerosas testemunhas vieram aos autos depor no sentido de haverem presenciado a participação de todos os réus, além de outras pessoas não identificadas, nas várias fases do desenvolvimento dessa briga que ocorreu em um campo de futebol. Aparentemente, iniciou-se uma agressão ao juiz da partida, que acabava de se realizar, avolumou-se em grossa rixa e, nesse conflito generalizado, acabou por ser mortalmente ferida a vítima Jacinto.

[...] Recapitulando, portanto, encontro motivos para confirmar a sentença. Primeiro, na interpretação restritiva que faço do art. 1.525 do CC e mais, na parcial derrogação desse dispositivo que extraio do seu confronto com as disposições do Código de Processo Penal pertinentes ao mesmo tema; segundo, da ideia de causalidade alternativa como fundamento suficiente da responsabilidade civil e, finalmente, no que diz respeito à matéria de fato, da comprovação que a sentença demonstrou cabalmente de haverem todos os demandados participado do grupo agressor da vítima durante o conflito em que se produziram nesta as lesões que a levaram à morte."

45 Voto do Ministro Barros Monteiro: "Nos demais aspectos ventilados no apelo especial interposto, coloco-me de acordo com o voto proferido pelo em. Ministro Relator, anotando mais que a autoria do fato se encontra abrangida no moderno conceito da 'causalidade alternativa' ou da 'responsabilidade de grupo', nos termos em que realçados pelo condutor do Acórdão recorrido. Deve ser tido em conta sobretudo que, no caso, os réus participaram da agressão como grandes interessados na proteção de um integrante do grupo familiar, envolvido no início dos acontecimentos, Décio Schaeffer."

que todos os integrantes do grupo, ao participarem de uma ação perigosa, atraíram para si, solidariamente, a responsabilidade de indenizar a vítima pelos danos causados por um membro não identificado desse mesmo grupo.

Julio Alberto Díaz⁴⁶, após asseverar que “o tema responsabilidade coletiva é, praticamente, inexistente na temática dos civilistas pátrios”, apresenta outro caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que denominou de “caso dos pinheiros”. Resumo do caso: várias empresas exploravam o corte de pinheiros em dada região. Detectou-se um corte de árvores bem superior ao permitido e não foi possível precisar a empresa responsável pelo excesso (dano),.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu por condenar solidariamente todo o grupo - pessoas jurídicas - uma vez que não foi possível identificar a empresa responsável pelo corte excessivo de pinheiros.⁴⁷

Essa decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, segundo o entendimento da Magna Corte, não houve sequer tentativa consistente de apuração sobre a autoria da derrubada dos pinheiros.⁴⁸

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme afirmamos no início do nosso trabalho, o tema - dano causado por membro indeterminado de um grupo - possui escassas legislação, doutrina e jurisprudência, nacional e internacional.

A resolução do dilema - deixar a vítima sem indenização ou condenar pessoas que não foram os autores materiais do dano - é complexa e exige a

46 DÍAZ, J. 1998. p. 191-192.

47 Trecho da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Quanto à questão da solidariedade que o ilustre advogado do primeiro apelante suscitou, parece-me, no caso, que todas as firmas devem ser consideradas culpadas pelo fato. Enquanto não se puder delimitar a responsabilidade individual de cada uma delas, solidariamente devem elas ser responsabilizadas, nos termos do art. 904 do Código Civil. [...] Assim, em se tratando de ato ilícito, não se podendo saber qual teria sido o que praticou o ato ou a ofensa, todos ficam responsáveis solidariamente, tendo qualquer deles ação regressiva contra o que se provar, em outro procedimento, que não foi culpado.”

48 Trecho do voto do Ministro Antonio Nader do Supremo Tribunal Federal: “Finalmente poderá haver condenação solidária no caso de participação em uma conduta perigosa, se dessa conduta resultasse um dano concreto e fosse impossível identificar-lhe o autor (Tratado de Direito Civil, Direito de Obrigações, de Enneccerus, v. 2, p. 672)”.

No caso dos autos, porém, nenhuma dessas circunstâncias ocorre, a justificar a pretendida solidariedade. Aqui, sequer se apurou quem fez derrubar pinheiros em excesso e quantos se fez derrubar. Cada réu, eventualmente, poderia responder pela ação própria, se não houvesse consenso entre eles, para a prática de um ato conjunto. Pela só dificuldade em identificar o autor do dano, a solidariedade não se dá.”

ponderação de muitos valores caros à convivência do homem em sociedade, especialmente quando não há norma que estabeleça critérios objetivos para a definição da questão.

A tendência atual caminha no sentido de, na medida do possível, não deixar a vítima sem indenização, mesmo que isso implique em condenar pessoas, de um grupo determinado, ainda que não tenham sido as responsáveis diretas pelo dano. Para cada dano busca-se uma indenização.

Na ausência de legislação, doutrina e jurisprudência esforçam-se na criação de critérios capazes de estabelecer um mínimo de segurança e objetividade na resolução do problema.

O entendimento majoritário, como visto no decorrer deste artigo, alicerça-se na condenação do grupo, porque seus membros aceitaram participar de uma atividade de risco, atraindo, assim, a responsabilidade pela reparação de eventual dano, mesmo quando apenas um integrante do grupo, cuja identificação não foi possível, é autor material desse dano.

Com todo o respeito ao entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, parece-nos que a participação em uma atividade de risco não deve ser adotada como um requisito essencial, cuja ausência isentaria o grupo de indenizar o dano experimentado pela vítima.

Para reforçar nosso entendimento da não necessidade de participação do grupo em uma atividade de risco, pedimos licença para evocar, do Direito Romano, a *actio de effusis et dejectis*, que foi mencionada no item 5 desse artigo: Antecedentes históricos. Relembrando que trata-se de um antecedente da responsabilidade civil que visava garantir indenização ao transeunte de via pública que fosse vítima de dano causado por um objeto lançado ou que caísse de um edifício, independentemente da prática de qualquer atividade de risco ou culposa.

Não pode ser caracterizada como atividade de risco habitar em um edifício onde outra pessoa, cuja identidade é desconhecida, arremessa propositalmente ou não, um objeto em via pública causando dano a um transeunte. Muito menos pode ser caracterizada como atividade culposa.

Dessa forma, segundo a tendência atual de garantir maior proteção à vítima e não deixar um dano sem indenização, entendemos que basta

aos membros do grupo desfrutarem ou participarem de uma atividade ou situação comum, para que sejam responsabilizados a indenizar a vítima, independentemente de realizarem qualquer atividade de risco. Os critérios e requisitos essenciais à condenação do grupo devem ser estabelecidos pela legislação, especialmente em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Entretanto, enquanto a lei não é criada, doutrina e jurisprudência esforçam-se para estabelecer contornos e um mínimo de objetividade no caso de dano causado por membro indeterminado de um grupo.

REFERÊNCIAS

ÁNGEL, Ricardo de. Indeterminacion del causante de un daño extracontratual. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 1, jul. 1983.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 06 maio 2015.

DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIAZ, Rodrigo Barría. *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. Espanha: Universidad de Salamanca, 2008.

DIÉZ PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Cívitas, 1999.

GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

HEDEMANN, J. W. *Derecho de Obligaciones*. v. III. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1955.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 2. ed. v. 2. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

MÚRTULA, Virgínia L. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Dykinson, 2005.

NASAR, Sylvia. *A imaginação econômica*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

PANTALEÓN, Fernando. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 2, abr./ago. 1983.

RUDA, Albert. *La responsabilidad por cuota de mercado a juicio*, en In Dret, <www.indret.com>. marzo de 2003.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Principes fondamentaux de la Responsabilité Civile em Droit Brésilien et Comparé* - Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de Sr. Maur. Paris XII, 1988.

RECEBIDO EM: 29/09/2015
APROVADO EM: 22/12/2015

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: ALGUNS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

*THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS: SOME PARAMETERS
FOR THE WORK OF THE JUDICIARY*

*Carolina Bastos Lima Paes
Procuradora Federal
Mestranda em Direito pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controvérsias em torno da judicialização dos direitos sociais; 2 O aumento do número de demandas judiciais sobre direitos sociais e seus riscos; 3 Repensando a judicialização dos direitos sociais: alguns parâmetros para a atuação do Poder Judiciário; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo central do trabalho é a construção de um conjunto de parâmetros que devem nortear a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, para que a intervenção judicial não comprometa a efetividade e a universalidade das políticas públicas sociais como um todo. Inicia-se com uma breve exposição dos argumentos democráticos contrários à possibilidade de os direitos sociais serem reclamados nas vias judiciais, os quais, em seguida, são afastados por outros argumentos, também de cunho democrático. E, após a demonstração do aumento do número de demandas judiciais de reivindicação de direitos sociais, são apresentados alguns riscos que delas podem advir, os quais precisam ser aceitos, e compreendidos, para que possam, então, ser superados. A parametrização da atuação do Poder Judiciário na seara das políticas públicas sociais, porém, está em processo de construção. Não se pretende esgotar o assunto, mas sim contribuir para este processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Judicialização. Possibilidade. Riscos. Parâmetros. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The paper's central objective is to build a set of parameters that should guide the work of the Judiciary in achieving the social rights, so that judicial intervention does not compromise the effectiveness and the universality of social public policy as a whole. It begins with a brief statement of democratic arguments that advocate social rights can not be claimed in legal procedures, which are opposed by other also democratic arguments. And after demonstrating the increasing number of lawsuits claiming social rights, the paper presents some of them risks that may arise, which must be accepted and understood, so that they can then be overcome. The parameterization of the Judiciary acting in the harvest of social public policies, however, is under construction. This article is not intended to exhaust the subject, but rather to contribute with this process.

KEYWORDS: Social Rights. Judicialization. Possibility. Risks. Parameters. Judiciary.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de os direitos sociais serem reclamados por seus titulares em sede judicial, diante da omissão dos poderes políticos na concretização das disposições constitucionais que os preveem, já foi rechaçada por uma série de argumentos, que se diziam lastreados no princípio democrático, segundo os quais as tarefas de elaborar e de executar as políticas públicas sociais estariam a cargo, exclusivamente, dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto ao Poder Judiciário restaria a atividade de controle de tais políticas, sem, contudo, ser-lhe lícito se imiscuir na concretização dos direitos sociais, quando os dois Poderes competentes houvessem falhado.

Muito se discutiu acerca do tema, tendo-se acrescentado ao argumento democrático outros argumentos de cunho prático, como, por exemplo, o custo de implementação dos direitos sociais, que exigiria uma prévia programação orçamentária e a eleição de prioridades, dentre as inúmeras necessidades sociais a serem satisfeitas pelos *escassos recursos* financeiros disponíveis. Segundo tais argumentos, os órgãos judiciais não estariam tecnicamente preparados para esse tipo de análise macroeconômica, nem poderiam fazê-lo dentro do limitado âmbito de conhecimento das demandas judiciais individuais.

Os argumentos de cunho prático, ao invés de obstaculizarem a judicialização dos direitos sociais, consubstanciam alguns riscos que o deslocamento da implementação das políticas sociais, das esferas políticas para a esfera judicial, pode fazer surgir, caso não sejam seguidos alguns parâmetros. A correta compreensão de tais argumentos, portanto, implica em conhecê-los e aceitá-los, para que, então, possam ser construídos alguns parâmetros para nortear a atuação do Poder Judiciário, na tarefa de concretização dos direitos sociais.

Nesta conjuntura, o artigo parte da exposição de argumentos que, também de feição democrática, são capazes de afastar aqueles que não admitem a realização dos direitos sociais por intervenção do Poder Judiciário, independentemente ou para além da prévia atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Em seguida, a partir da constatação de que o número de demandas judiciais com este objeto é crescente, demonstram-se alguns riscos que podem advir da atuação indiscriminada dos órgãos judiciais. Por fim, como objetivo central do estudo, constrói-se um conjunto de parâmetros para a atuação do Poder Judiciário, sem, contudo, obstar a possibilidade de novos parâmetros virem a ser construídos pela prática jurisprudencial e doutrinária.

1 CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A concretização de direitos sociais por intervenção do Poder Judiciário já sofreu severas críticas, fundadas, especialmente, no seu caráter supostamente antidemocrático. Argumentava-se que as decisões políticas deveriam ser tomadas exclusivamente pelos representantes populares, não sendo legítimo aos juízes, que não foram eleitos pelo povo para o exercício de tal *mister*; fazer substituir a vontade dos legisladores e dos administradores pela sua própria vontade, até mesmo porque os juízes não estariam tecnicamente preparados para escolher a melhor adequação aos recursos públicos, diante das inúmeras necessidades sociais.

Nas palavras de Daniel Sarmento, o argumento defende que o controle judicial dos direitos sociais

não é democraticamente legítimo, na medida em que permite a juízes - que não respondem politicamente perante o povo - interferir nas decisões adotadas por representantes populares sobre quais demandas e necessidades humanas priorizar nos gastos públicos, e sobre como equacioná-las adequadamente, num cenário marcado pela escassez de recursos. Os adversários da sindicabilidade dos direitos sociais aludem ao caráter antidemocrático da suposição de que uma elite de supostos sábios, com assento nos tribunais, teria condições de decidir melhor estas questões do que legisladores e administradores, que foram escolhidos pela própria população. Daí, afirmam que a tutela judicial dos direitos sociais implicaria transferir para o Judiciário um poder excessivamente amplo, para cujo exercício os juízes, além de não possuírem legitimidade, não estariam tecnicamente preparados.¹

O que dá sustentação a tal argumento é a concepção tradicional de democracia como sendo o governo que reflete a vontade da maioria. Todavia, adotando-se uma outra concepção, surgem outros argumentos, também de cunho democrático, capazes de afastar o argumento democrático contrário à sindicabilidade judicial dos direitos sociais.

A concepção mais moderna de democracia exige mais do que representação popular, e sim a participação direta do povo na tomada de

¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 558.

decisões políticas². E, nesta conjuntura, os direitos sociais assumem papel de destaque, visto que consubstanciam as condições materiais necessárias para que os cidadãos tenham efetiva participação na esfera pública³. “[A] democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizem a participação dos cidadãos no espaço público”⁴.

Ademais, a intervenção judicial nas políticas públicas não implica, necessariamente, a sobreposição da vontade individual do juiz sobre a vontade do povo. É, sim, possível que o Poder Judiciário entre em cena, justamente, para preservar a autoridade superior do povo, sobretudo na realidade brasileira, marcada pela crise das instituições representativas⁵. Na hipótese de as decisões políticas ordinárias, influenciadas por fatores alheios à representação popular, ignorarem os interesses dos titulares dos direitos sociais, a intervenção judicial pode ajudar a promover a democracia, ao invés de pô-la em risco.

A ideia por trás do reconhecimento constitucional de direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais, também reforça a democracia, tal como é compreendida hodiernamente. Não se trata, apenas, de simples normas programáticas, dirigidas ao legislador ordinário, mas sim, nos termos utilizados por Ronald Dworkin⁶, de *trunfos* dos indivíduos em face dos poderes políticos, cuja discricionariedade encontra limites no respeito ao catálogo de direitos fundamentais, que, até para ser alterado, exige um procedimento mais rígido. Então, quando o procedimento democrático majoritário desconsiderar os interesses individuais das minorias, também titulares dos trunfos políticos, é dizer, dos direitos fundamentais, os órgãos judiciais devem assumir a responsabilidade de garanti-los⁷.

É o que entende, também, Daniel Sarmento, que afirma:
Por um lado, a constitucionalização dos direitos impõe barreiras à decisão das majorias, limitando a democracia; por outro, ela busca

2 SARMENTO, op. cit., p. 560

3 GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 219.

4 SARMENTO, op. cit., p. 575.

5 Ibid., p. 560.

6 DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. São Paulo: Almedina, 2012, passim.

7 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 64, jan./jun. 2012.

assegurar e promover os pressupostos para as interações democráticas na sociedade, possibilitando a própria democracia. O sucesso da receita passa pela dosagem dos ingredientes: devem-se evitar tanto as limitações em excesso, que amesquinham o espaço de deliberação democrática da sociedade, como a falta de limites, que desprotege direitos básicos, pondo em risco a continuidade da empreitada democrática.⁸

Prevalece, então, o argumento democrático favorável à sindicabilidade judicial dos direitos sociais. O catálogo constitucional de direitos fundamentais, que abrange, ao lado dos direitos civis e políticos, os chamados direitos de segunda dimensão, representa mais do que meras normas programáticas, dirigidas ao legislador, para que sejam realizadas na medida do jurídica e do faticamente possível. Nos dias atuais, reconhece-se, majoritariamente, que não há, entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, nenhuma diferença substancial⁹, que justifique um tratamento diferenciado no que respeita à possibilidade de tais direitos serem reclamados em sede judicial. Ora, se ambos são, igualmente, direitos fundamentais, ambos podem ser reivindicados por seus titulares, seja administrativamente, seja judicialmente.

Some-se, ainda, o fato de o constituinte brasileiro ter conferido aplicabilidade imediata a todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, sejam de primeira ou de segunda dimensão, o que “representa a vinculação do legislador, do administrador e também do julgador aos direitos fundamentais”¹⁰. Esta disposição constitucional impede que os juízes, diante de demandas cujo objeto seja a reivindicação de direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, deixe aos legisladores a responsabilidade pela sua regulamentação legal, para que, então, possam julgar eventuais omissões estatais. Neste mesmo sentido, é a lição de Luiz Antônio Freitas de Almeida:

Esse dever objetivo de proteger, aperfeiçoar e mesmo de fomentar e realizar todos [os] direitos fundamentais vincula, portanto, não só o Executivo e o Legislativo como também o Judiciário e enseja, por esse aspecto, que haja uma interpretação conforme aos direitos fundamentais por parte dos tribunais e que lhes confira a maior eficácia possível;

8 SARMENTO, op. cit., p. 536.

9 ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. SUR *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 2, p. 191, 2005.

10 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direitos fundamentais sociais e sua aplicação pelo Judiciário: hidrólise judicial de políticas públicas ou tutela efetiva? *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, , p. 94, jan./mar. 2011.

mais que isso, se a aplicabilidade é imediata, independeria *a priori* de normatização infraconstitucional sua concreção, ao menos de alguns de seus efeitos jurídicos, de forma que não se tratam de meras normas programáticas, isto é, que não produzem, por si, qualquer efeito jurídico, ficando totalmente à mercê do legislador.¹¹

A extensão, aos direitos sociais, da aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais também se justifica pela constatação de que inexistem, entre os direitos de primeira e de segunda dimensão, qualquer distinção substancial, e sim, no máximo, uma distinção de grau. Ambas as dimensões de direitos humanos implicam obrigações estatais negativas e positivas, em menor ou maior grau. Nas palavras de Víctor Abramovich,

[é]m síntese, a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, para garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja prejudicada por outros cidadãos. [...]

[...] os direitos econômicos, sociais e culturais também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas do Estado, embora nesse caso as obrigações positivas se revistam de maior importância simbólica para identificá-los.¹²

Cristina Figueiredo Terezo também conclui pela inexistência de diferença substancial entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, quando, analisando as razões que ensejaram a alocação das duas dimensões de direitos humanos em dois instrumentos internacionais distintos, afirma que

[ã] decisão em reconhecer os Direitos Humanos em dois textos normativos distintos, com previsão de medidas de implementação diversas para os direitos econômicos, sociais e culturais e com um único Protocolo Facultativo ou Opcional, tão-somente se referindo à violação dos direitos civis e políticos, foi a melhor alternativa encontrada naquele momento para se alcançar o consenso, muito embora tenha se reconhecido que mais poderia ter sido feito, e que tais instrumentos internacionais não teriam tanta eficácia, como asseverou a Delegação de Filipinas: “[...] sem medidas de implementação verdadeiramente

11 ALMEIDA, op. cit., p. 94.

12 ABRAMOVICH, op. cit., p. 191.

efetivas, os Pactos seriam algo, menos Direitos Humanos, não tendo nenhum poder real de influenciar política e conduta de pessoas e de Estados, sob sua jurisdição”.¹³

E, não havendo distinção substancial entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, não têm força os argumentos contrários à judicialização dos segundos que entendem que os direitos sociais são direitos prestacionais, que exigem uma atuação positiva por parte do Estado e que, portanto, têm custos, razão pela qual só poderiam ser concretizados por meio de políticas públicas elaboradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e não pela intervenção do Judiciário.

Uma vez que as duas dimensões de direitos humanos comportam, em menor ou maior grau, obrigações estatais negativas e positivas, tanto direitos de defesa quanto direitos prestacionais têm custos, e nem por isso se ousa defender que os direitos de defesa não possam ser reclamados perante o Poder Judiciário. Segundo José Cláudio Carneiro Filho,

[ã] diferença nos custos desses direitos não se daria sequer no montante, mas sim na visibilidade do gasto. Enquanto os direitos sociais possuem custos financeiros públicos diretos visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em custos financeiros indiretos, cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula. Ainda, no caso dos direitos sociais, os custos são evidenciados tanto por quem recebe a prestação quanto por quem a dá (o Estado, ou a sociedade contribuinte, no caso). Por outro lado, o mesmo não ocorre com os direitos e liberdades, que normalmente se traduzem em custos gerais não individualizáveis.¹⁴

Logo, se o custo dos direitos civis e políticos não serve como argumento válido para afastar a possibilidade de tais direitos serem reclamados judicialmente, o custo dos direitos sociais também não poderá fazê-lo.

Inclusive, como bem assevera Luiz Antônio Freitas de Almeida, sequer tem razão de ser a classificação dos direitos humanos em *gerações* ou *dimensões*, haja vista que todos os direitos humanos são complementares e direcionados à proteção da dignidade humana. Afirma o autor, com razão, que tal classificação tem, no máximo, mérito didático, e explica:

13 TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Curitiba: Appris, 2014. p. 43.

14 CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financiamento possível e seus paradigmas. *ANIMA - Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, v. 1, p. 17, 2009.

Essas distinções, em que pese o mérito didático que possuem ao situar historicamente o nascimento das chamadas “gerações” de direitos, o que em si é bastante controverso, carecem de fundamentação lógica ante a constatação de que não são categorias antagônicas, mas complementares, que se reforçam em prol da proteção da dignidade humana.¹⁵

Esta é a concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e reforçada pela Declaração de Viena de 1993, concepção esta marcada pela indivisibilidade de todos os direitos humanos e pela interdependência entre os valores dos direitos humanos, da democracia e do desenvolvimento¹⁶.

Do que se expôs até aqui, afere-se que os argumentos contrários à sindicabilidade judicial dos direitos sociais não tinham razões para prosperar. Tais direitos são também direitos humanos, assim como os direitos civis e políticos e, na qualidade de trunfos políticos, podem ser reivindicados perante o Poder Judiciário, na hipótese de os Poderes Legislativo e Executivo não cumprirem a contento com o seu *mister* de concretização das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais prestacionais.

Importa conferir, por fim, o trecho a seguir do Comentário Geral n.º 9, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, que, encerrando a discussão, esclarece:

10. Em relação aos direitos civis e políticos, geralmente se parte do pressuposto de que é fundamental a existência de recursos judiciais frente à violação desses direitos. Lamentavelmente, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, com demasiada frequência se parte do pressuposto contrário. Essa discrepância não se justifica nem pela natureza dos direitos, nem pelas disposições pertinentes do Pacto. [...] Ainda que seja necessário levar em conta o planejamento geral de cada um dos sistemas jurídicos, não há nenhum direito reconhecido pelo Pacto que não se possa considerar que possui, na grande maioria dos sistemas, algumas dimensões significativas, no mínimo, de justiciabilidade. Às vezes se afirma que as questões que supõem a alocação de recursos devem ser confiadas às autoridades políticas e não

15 ALMEIDA, op. cit., p. 91.

16 PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 1, p. 25-26, 2004.

aos tribunais. Ainda que se deva respeitar as competências respectivas dos diversos poderes, é conveniente reconhecer que os tribunais já intervêm geralmente em uma gama considerável de questões que têm consequências importantes para os recursos disponíveis. A adoção de uma classificação rígida de direitos econômicos, sociais e culturais, que os situe, por definição, fora do âmbito dos tribunais, seria, portanto, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos são indivisíveis e interdependentes. Também se reduziria drasticamente a capacidade dos tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade. (tradução livre)¹⁷

Tendo-se, então, por admitida a judicialização dos direitos sociais, partir-se-á, no tópico que se segue, a uma breve exposição da conjuntura internacional e brasileira de demandas judiciais envolvendo direitos sociais, para, então, serem expostos alguns riscos que a intervenção do Poder Judiciário, apesar de possível e, muitas vezes, necessária, pode oferecer à realização dos direitos fundamentais como um todo.

2 O AUMENTO DO NÚMERO DE DEMANDAS JUDICIAIS SOBRE DIREITOS SOCIAIS E SEUS RISCOS

A prática judicial tem evidenciado a vitória dos defensores da justiciabilidade dos direitos sociais sobre aqueles que defendiam que a segunda dimensão de direitos humanos só poderia ser concretizada mediante a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Alguns fatores podem ser apontados como agentes catalisadores do aumento do número de demandas judiciais por meio das quais os interessados pretendem ver garantidos os seus direitos sociais.

Os mecanismos regionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, assim como a jurisprudência destes órgãos, têm produzido uma interpretação das normas de direitos sociais favorável à sua realização judicial, no âmbito nacional¹⁸. E esta tendência ganhou um reforço no ano de 2008, com a adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que prevê um procedimento de denúncia

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 9*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1998, p. 4. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

18 LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, p. 101, dez. 2009.

individual ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, após o esgotamento dos recursos internos, o que até então era exclusivo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁹. Da mesma forma, o Protocolo de San Salvador de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, prevê mecanismos de petições individuais dirigidas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por violação do direito à educação e dos direitos sindicais²⁰.

Reflexos desta tendência internacional vêm sendo sentidos em diversos sistemas nacionais, como, por exemplo, na Índia, na África do Sul e na Colômbia.

O sistema indiano adotou um informalismo que facilitou a atuação da Corte Constitucional, na realização de direitos sociais. Citem-se, a este respeito, a jurisdição epistolar, que garante acesso à Suprema Corte através de uma simples carta escrita em favor de um grupo marginalizado, e as comissões sociojurídicas de informação, que, à semelhança do *amicus curiae*, têm a função de prestar as informações técnicas necessárias à formação do convencimento da Corte²¹.

A África do Sul trouxe ao mundo exemplos bem sucedidos de como os juízes podem contribuir com discussões políticas, sem enfraquecer a democracia. Em dois casos emblemáticos, um do ano de 2000 e outro de 2002, a Corte Constitucional Sul-Africana determinou que fossem adotadas medidas para uma implementação progressiva do direito à moradia e para a prevenção de transmissão, de mãe para filho, do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS/SIDA), preservando, no entanto, uma certa discricionariedade política na escolha das medidas que seriam adotadas para estes fins²².

A contribuição da Corte Constitucional da Colômbia que merece destaque também se identifica com a implementação judicial de direitos sociais com respeito à democracia deliberativa. Trata-se da complexa doutrina da *situação inconstitucional*²³, que, uma vez constatada a omissão estatal quanto à realização de direitos fundamentais, admite a modulação

19 LANGFORD, op. cit., p. 100.

20 PIOVESAN, op. cit., p. 31.

21 GARGARELLA, op. cit., p. 221-222.

22 GARGARELLA, op. cit., p. 220-221.

23 LANGFORD, op. cit., p. 101.

dos efeitos da decisão da Corte, para que os poderes políticos possam adotar as medidas necessárias à correção da situação considerada inconstitucional²⁴.

Na América Latina, têm especial influência, no crescimento de demandas judiciais sobre direitos sociais, as constituições socialmente avançadas, que trazem em seu bojo um extenso catálogo de direitos fundamentais, dentre eles, inúmeros direitos sociais²⁵. Por outro lado, as instituições democráticas de representação popular estão em crise, consoante observado por Anderson Vichinkeski Teixeira:

O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia - e progressiva burocratização - do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política.²⁶

A debilidade das instituições democráticas de representação, aliada à crescente conscientização popular acerca dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, cedeu lugar à atuação de movimentos e organizações sociais em prol de grupos vulneráveis. “Estes novos atores não-estatais somam-se ao movimento sindical tradicional e, em geral, estão mais dispostos a utilizar os tribunais como instrumentos de mudança social”²⁷.

Acerca da mobilização social, na realidade brasileira, afirmam Miriam Ventura, Luciana Simas, Vera Lúcia Edais Pepe e Fermin Roland Schramm:

A emergência de novos atores sociais, com reivindicações e focos de atuação nas diversas instâncias de elaboração das políticas públicas,

24 GARGARELLA, op. cit., p. 223.

25 LANGFORD, op. cit., p. 102-103.

26 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 42, jan./jun. 2012.

27 LANGFORD, op. cit., p. 103.

é uma forte característica da sociedade brasileira contemporânea. Este modelo participativo, corolário do princípio democrático, produz efeitos nos poderes instituídos. O princípio democrático, relacionado ao exercício do direito político, passa a enfatizar, mais recentemente, a necessidade de que seja assegurada a ativa participação e consideração dos interesses de todos os sujeitos de direitos, também no processo de identificação de prioridades na tomada de decisões, no planejamento, na implementação e na avaliação das políticas públicas, e não simplesmente na eleição de representantes na instância legislativa e chefes dos Poderes Executivos. Nesse sentido, um dos mecanismos construídos nas últimas décadas foi a potencialização do conflito social no âmbito do Judiciário, como estratégia legítima para a defesa, promoção e garantia de direitos.²⁸

Acerca da atuação do Poder Judiciário brasileiro, Florian Hoffmann e Fernando Bentes trabalharam sobre um levantamento quantitativo e qualitativo de demandas judiciais sobre o direito à saúde e o direito à educação, em cinco Estados brasileiros, além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Foram examinados mais de dez mil casos, dos quais exsurgiram, dentre outras, as seguintes conclusões:

Os padrões que emergem do total de cinco Estados e das duas Cortes Superiores revelam duas tendências gerais. A primeira é uma espantosa assimetria entre um grande número de casos referentes à saúde e um número comparativamente pequeno de casos de direitos educacionais: em um mesmo período de tempo, nos mesmos tribunais pesquisados, o universo total de casos estudados comportou 96% de saúde e 4% de educação. A segunda tendência sugere, inversamente, que os casos de educação, embora menos abundantes, podem ter um maior impacto, já que os casos de ações individuais de direitos de saúde predominam sobre os casos de ações civis públicas de direitos educacionais. Somente 2% dos casos de saúde são coletivos, ao passo que 81% dos de educação constituem reclamações coletivas, constatação que deve ser relativizada com o fato de existirem poucas ações individuais sobre direito à educação e muitas sobre direito à saúde. [...]

O tipo de ação predominante é o de reivindicações de pessoas físicas contra o Estado em busca de suprimento. Elas respondem por 85% de todos os casos. As ações de execução de obrigação de fazer partem, na

28 VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *PIIYSIS - Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 95, 2010.

maioria, de pessoas físicas contra empresas privadas de seguro-saúde, representando outros 13%. Sobra, pois, menos de 1% para as ações sobre regulamentação. No STF, houve pouquíssimos casos nessa área de regulamentação, embora venha aumentando modestamente, desde 1998, a sua jurisprudência sobre direitos de saúde. O STJ parece refletir melhor, por sua vez, a tendência geral preponderante desde 1998, apontando um aumento acentuado nos casos de direitos de saúde.²⁹

De acordo com os resultados do estudo ora em comento, portanto, dentre as demandas conhecidas pelo Poder Judiciário brasileiro, a franca maioria versa sobre o direito à saúde. E estas demandas envolvem, com mais frequência, “reivindicações de fornecimento ou financiamento individual, em especial de acesso a remédios e, com menos frequência, de acesso a tratamentos”³⁰.

O crescente aumento do número de demandas judiciais envolvendo direitos sociais, ao mesmo tempo em que é salutar para a realização prática do complexo indivisível e interdependente de direitos humanos, também oferece riscos à concretização dos direitos humanos, e também à democracia. É o remédio que, quando ministrado para além do necessário para a cura, pode matar o paciente.

Cláudio Pereira de Souza Neto³¹ organizou, de forma bastante didática, argumentos que, segundo ele, representam as críticas endereçadas à possibilidade de os direitos sociais serem implementados por intervenção do Poder Judiciário. As críticas principiológicas, com efeito, discutem a sindicabilidade judicial dos direitos sociais, com base nos princípios liberal e democrático, em termos semelhantes aos expostos no item precedente.

As críticas institucionais, por sua vez, sintetizam dificuldades encontradas pelos juízes, para intervir nas políticas públicas sociais, dificuldades estas que, de fato, existem na prática, e podem colocar em risco a implementação dos direitos fundamentais como um todo, no seu conjunto indivisível e interdependente.

29 HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-392.

30 *Ibid.*, p. 395-396.

31 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

Dentre tais argumentos, a crítica financeira se agarra no custo dos direitos sociais. Uma vez que estes exigem prestações positivas por parte do Estado, e que os recursos financeiros fática e juridicamente disponíveis são escassos, a alocação destes recursos, nesta ou naquela prestação, teria de ser precedida da identificação das necessidades sociais prioritárias, análise esta que seria da atribuição exclusiva dos poderes políticos, não podendo o Judiciário se imiscuir em questões alheias à sua esfera de atuação³². A decisão sobre a alocação dos recursos financeiros, então, teria de ter em consideração o conjunto de necessidades sociais prioritárias, o que não seria possível em sede de demandas judiciais, ainda que coletivas, visto que, por mais abrangente que seja o objeto da demanda, ela jamais comportará todas as prioridades sociais.

Considerando-se tal aspecto financeiro, o risco da implementação judicial de direitos sociais seria o de comprometer os escassos recursos financeiros disponíveis em necessidades sociais que, embora importantes, não seriam consideradas prioritárias, caso analisadas em conjunto com todas as outras. Desta forma, concretizar-se-ia o que Antonio Moreira Maués chamou de *resgate do indivíduo e sequestro da sociedade*³³. Como bem observa Daniel Sarmento,

O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais.³⁴

É bom que se explique que não se está a defender a objeção da reserva do financeiramente possível como escusa para a omissão inconstitucional do Estado. Ora, se existe a norma constitucional, definindo um direito fundamental, e impondo um dever estatal correlato, há, por conseguinte, a obrigação de cumprimento de tal dever. A insuficiência de recursos, então, não pode legitimar a negligência, nem a incompetência dos poderes políticos. Mas também não pode ser, simplesmente, desconsiderada.

32 SOUZA NETO, op. cit., p. 525-527.

33 MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Orgs.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 262.

34 SARMENTO, op. cit., p. 581-582.

A reserva do financeiramente possível é, nestes termos, uma questão de razoabilidade. Nas lições de José Cláudio Carneiro Filho, diante da reivindicação judicial de um direito prestacional, o juiz deve analisar a razoabilidade da demanda, frente à escassez de recursos,

[O]u seja, se é razoável o indivíduo exigir aquilo da sociedade em que vive. A partir desse critério, poder-se-ia considerar irrazoável a condenação do Estado ao pagamento de medicamento extremamente caro, enquanto outros cidadãos carecem ainda dos medicamentos mais baratos (e por vezes tanto quanto ou mais essenciais), por falta de recursos públicos. Isso pode, a princípio, ofender a dignidade humana daquela pessoa, e até mesmo um alegado “mínimo para a existência” (se identificável). Porém, não pode o Judiciário fechar os olhos para o macro e aliviar sua consciência diária ao proteger o micro.

Deve-se ainda saber até que valor e em que circunstâncias um pedido é razoável. Dificilmente um pedido isolado comprometerá a capacidade do Estado. Contudo, existe o previsível efeito cascata, que forma um conjunto de decisões análogas, com variação do pólo ativo, mas mantendo o custeador do pólo passivo. Ainda, é de se perguntar se o simples fato de estar disponível determinada quantia significa que não será a mesma usada posteriormente para outras políticas que a Administração considere ter maior grau de prioridade no decorrer do ano.³⁵

Em linha semelhante, defende Daniel Sarmiento que “a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”³⁶.

Não obstante a reserva do financeiramente possível não seja uma objeção absoluta, uma intervenção judicial, em sede de políticas públicas sociais, que desconsidere a insuficiência de recursos em face da infinidade de necessidades sociais importará em sérios riscos de comprometimento da implementação dos direitos sociais, quando considerados em seu conjunto. Por exemplo, pode-se garantir um determinado direito social ao demandante e, ao mesmo tempo, deixar este mesmo demandante carente de outro direito, quiçá ainda mais prioritário, ou pode-se garantir um determinado direito social ao demandante, ignorando-se as iguais necessidades de outros indivíduos, tão-somente em razão do fato de estes não terem recorrido ao Judiciário.

35 CARNEIRO FILHO, op. cit., p. 8.

36 SARMENTO, op. cit., p. 572.

E, em se tratando, especificamente, do direito à saúde, a sua implementação individualizada, em sede de demanda judicial, desconsidera a conceituação ampla dada à saúde, pela Organização Mundial da Saúde, qual seja, “um estado completo de bem-estar físico, mental e social”³⁷, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade, estado este que exige um conjunto de prestações estatais, inclusive de caráter preventivo, e não apenas o fornecimento de um determinado medicamento, ou o custeio de um determinado tratamento médico.

Na mesma linha, a crítica administrativa, mencionada por Cláudio de Souza Neto, aduz que decisões judiciais concretizadoras de direitos sociais desorganizariam a Administração Pública, que, em vez de concentrar esforços na execução das políticas públicas já elaboradas, teriam de se dedicar ao cumprimento das decisões judiciais, ainda que em sacrifício das prioridades antes definidas. E, “[e]m setores como o da saúde, decisões judiciais que não consideram problemas de organização administrativa podem gerar consequências contrárias aos próprios valores que pretendem promover”³⁸. É dizer: o medicamento que o Judiciário determina seja fornecido, pelo Estado, ao demandante pode ser subtraído do estoque que seria distribuído, administrativamente, aos pacientes dele necessitados; a vaga no hospital que, por ordem judicial, deve ser assegurada ao demandante pode ser negada a outro paciente, em estado mais grave; e, assim, a intervenção judicial pode salvar uma vida, e ceifar outras, embora todas as vidas tenham o mesmo valor.

As críticas até aqui expostas evidenciam o risco que a judicialização dos direitos sociais, caso não siga os devidos parâmetros, pode oferecer à universalidade que caracteriza os direitos humanos. E a universalidade pode restar comprometida não apenas em decorrência da escassez de recursos financeiros, mas também porque o efetivo acesso ao Poder Judiciário não é universal.

É o que atenta Souza Neto, quando se refere à crítica da desigualdade quanto ao acesso ao Judiciário. O autor salienta que, a despeito do ideal constitucional de livre e igual acesso aos órgãos judiciais, tal acesso, na prática, é qualificado, não só por condições econômicas, mas também de educação e de consciência de direitos³⁹, de sorte que a concretização judicial

37 MAUÉS, op. cit., p. 262.

38 SOUZA NETO, op. cit., p. 528-529.

39 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira

de direitos sociais deixaria de lado, justamente, a parcela da população mais carente das prestações materiais a cargo do Estado⁴⁰.

Os estudos de Hoffmann e Bentes conduziram à conclusão no mesmo sentido, conforme a seguir:

De um modo geral, parece existir forte correlação entre renda, níveis de educação e litigiosidade. Não obstante, o impacto sobre níveis educacionais em função de muitos outros fatores e, por seu turno, a análise daqueles níveis, que não se convertem automaticamente em uma quantidade mais alta de pleitos, compreenderia fatores complementares, como o acesso adequado à justiça. Porém, em vista da relativa uniformidade institucional do Brasil inteiro e do fato de que o acesso à justiça está, em geral, correlacionado positivamente à riqueza, a variante regional é nitidamente explicável pelos diferenciais da riqueza e da educação, como seria, aliás, de se esperar. Quanto mais ricas e mais educadas forem as populações, mais litígios elas geram. Nem a mera existência de uma estrutura jurídica nem, inversamente, a impropriedade dos serviços básicos são suficientes para o desencadeamento de uma revolução nos pleitos em torno de direitos sociais.⁴¹

Outro estudo, mencionado por Antonio Maués, concluiu que, dentre beneficiários que receberam, por força de decisão judicial, tratamentos médicos ou medicamentos, no Estado de São Paulo, 60% (sessenta por cento) nunca haviam utilizado o Sistema Único de Saúde, e 60% (sessenta por cento) das prescrições eram oriundas de serviços privados de saúde⁴².

Por fim, nos termos da crítica técnica, os juízes não teriam o conhecimento técnico necessário para, em sede de demandas judiciais, ainda que coletivas, tomar decisões acerca da alocação de recursos públicos. Os Poderes Legislativo e Executivo, por sua vez, disporiam da equipe multidisciplinar necessária à elaboração do conjunto de políticas públicas necessárias à satisfação das necessidades sociais prioritárias⁴³. Nas lições de Luiz Antônio de Almeida,

de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 895.

40 SOUZA NETO, op. cit., p. 533-534.

41 HOFFMANN; BENTES, op. cit., p. 384.

42 SILVA apud MAUÉS, op. cit., p. 263.

43 SOUZA NETO, op. cit., p. 529-531.

gerir políticas públicas demanda noções administrativas e técnicas, cada área com suas particularidades; os juízes são preparados para interpretar textos normativos e decidir com bases em regras jurídicas, mediante subsunção do fato à norma, mas faltar-lhes-ia aptidão para administrar, planejar, elaborar diretrizes orçamentárias e administrativas. Mesmo na área dos próprios direitos sociais, é preponderante o critério técnico que normalmente é carente a um profissional jurídico, isto é, os juízes não entendem de matérias pertinentes à área da saúde, da educação, da geração de renda e fomento ao trabalho. Outorgar-lhes competência para decidir matérias dessa natureza contribuiria para um “fuzzysmo” de todo indesejável.⁴⁴

Assim como todas as anteriores, a crítica técnica não está sendo aqui exposta como um empecilho à sindicabilidade judicial dos direitos sociais, e sim como uma dificuldade que deve ser compreendida e aceita, pelos órgãos judiciais, para que possa ser, em seguida, superada, afastando-se, assim, os possíveis riscos da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais. É o que também ressalta Almeida:

As críticas que sustentam a incapacidade institucional do poder Judiciário para um *enforcement* de direitos sociais, de sorte a criar o risco de uma verdadeira “hidrólise” judicial de políticas públicas, tem a virtude de chamar a atenção para uma maior cautela e responsabilidade do Estado-Juiz ao julgar essas matérias. Mas ela não é incontornável. Ocorre que outro ponto deve ser levantado: a decisão de temas que envolvam conhecimentos técnicos de que não dispõe o juiz não é matéria nova e ele sempre se valeu de auxiliares peritos. Inúmeros são os exemplos e não há necessidade de apontar vários, basta que se recorde, ilustrativamente, de um perito médico para avaliar a sanidade mental de um réu em uma ação cível de interdição ou em incidente de insanidade mental no campo penal. Outros exemplos poderiam ser dados, trazendo a lume outros campos técnicos estranhos à formação jurídica: engenharia civil, psicologia, biologia, economia, contabilidade, administração, corretagem, veterinária, agronomia etc.⁴⁵

Nas demandas individuais de fornecimento de medicamentos, que, consoante os estudos analisados, representam a franca maioria na realidade do Judiciário brasileiro, podem ser identificados alguns riscos específicos.

44 ALMEIDA, op. cit., p. 109.

45 Ibid., p. 111.

Antes de tudo, importa distinguir duas causas de pedir desta espécie de litígio, em particular.

Uma primeira hipótese é a ineficácia das políticas públicas já implementadas pelo Estado, quer dizer, o fármaco de que necessita o demandante já consta das listas oficiais de medicamentos a serem fornecidos pelas instituições públicas de saúde, porém, por motivos diversos, o paciente não consegue acesso, pelas vias administrativas, ao remédio de que necessita.

Em tais situações, a intervenção do Poder Judiciário não oferece grandes riscos, visto que os poderes políticos, mediante o devido procedimento de planejamento e elaboração de políticas públicas, já se obrigaram a fornecer o medicamento em questão. Eventual omissão ou deficiência da prestação estatal é, portanto, inquestionavelmente, passível de controle judicial.

O problema maior gira em torno dos litígios em que o demandante reivindica acesso a medicamento não constante das listas oficiais. Muitos riscos podem advir deste tipo de demanda judicial, mormente em função do efeito multiplicador de eventuais decisões favoráveis.

O primeiro risco que deve ser evitado por uma intervenção judicial devidamente parametrizada é o de dispêndios de esforços diversos em uma mesma direção. É que, nos termos das disposições constitucionais que regem a matéria, a competência administrativa, para a formulação e a execução das políticas públicas de saúde, é comum à União, aos Estados e aos Municípios. E, em que pese a competência para o fornecimento de medicamentos não contar com expressa previsão constitucional, normas infralegais preveem, em linhas gerais, a competência municipal para o fornecimento de medicamentos essenciais, e a competência federal e estadual para o fornecimento de medicamentos de caráter excepcional⁴⁶. Contudo, os órgãos judiciais, é o que se percebe, raramente têm esse aspecto em consideração, quando decidem impor, a uma ou outra esfera de governo, de forma indiscriminada, a obrigação de fornecer o fármaco objeto da demanda judicial.

Luís Roberto Barroso atentou para tal risco da intervenção judicial nas políticas públicas de fornecimento de medicamentos, asseverando:

46 BARROSO, op. cit., p. 887-888.

24. Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.⁴⁷

Ademais, a elaboração das listas oficiais de medicamentos a serem fornecidos pelos entes estatais atende a uma gama de critérios, dentre os quais, por exemplo, a segurança e a eficácia da droga, e o custo-benefício da substância incluída na lista, em meio a outras capazes de combater a mesma enfermidade. Analisados todos estes critérios, em conjunto, um determinado medicamento pode deixar de integrar a lista por diversas razões:

A primeira refere-se à administração e problemas de estocagem; a segunda diz respeito a não inclusão do medicamento nas listas de dispensação seja porque não se reconhece cientificamente a eficácia terapêutica do medicamento ou porque, apesar do reconhecimento científico, o trâmite de autorização pelo sistema de vigilância sanitária não foi concluído. A terceira razão é a recusa da distribuição em função da existência de potenciais substitutos com melhor relação custo-benefício (eficiência terapêutica), conhecida como a tese da racionalidade em saúde.⁴⁸

Por outro lado, quando os juízes proferem decisões favoráveis aos demandantes, impondo ao Estado a obrigação de fornecimento de um determinado remédio, sem se preocupar se este compõe ou não as listas oficiais, fundamentando as suas razões de decidir, tão-somente, na prescrição do médico escolhido pelo paciente, abre-se espaço para o risco de ser determinado um dispêndio público maior do que o necessário para a cura da doença, ou até mesmo de se obrigar o Estado a deslocar recursos públicos de outras áreas, para custear tratamento experimental, de eficácia não comprovada.

47 BARROSO, op. cit., p. 885.

48 D'ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Almeida Salomé. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 440-2013.

E, ainda, decisões desta natureza podem ser facilmente influenciadas pelo poderio econômico da indústria farmacêutica, visto que os juízes não têm o conhecimento técnico necessário para, no restrito âmbito das demandas judiciais, ponderar todos os critérios adotados pelas políticas públicas preexistentes de escolha dos medicamentos fornecidos pelas instituições públicas de saúde. Alertam Miriam Ventura e outros autores:

Neste sentido, a problemática central trazida para o Direito e a Saúde – que se expressa no fenômeno da judicialização da saúde – é a de como o Estado, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve proteger as pessoas dos riscos das novidades oferecidas pelo “mercado de saúde”, que, não raramente, cria “necessidades” para “vender” soluções. E, ao mesmo tempo, fazer cumprir com seu dever de assistência, promovendo o acesso aos avanços biotecnocientíficos que de fato podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem-estar das pessoas, de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.⁴⁹

Todos estes problemas que podem advir da intervenção indiscriminada do Poder Judiciário nas políticas públicas, para a concretização dos direitos sociais, não são justificativa suficiente nem adequada para a autocontenção judicial. A própria democracia, tal como hodiernamente compreendida, exige a participação de todos os Poderes estatais nesta seara, até porque a obrigação de implementação dos direitos e garantias fundamentais é do Estado, e não de um ou de outro ente que o compõe.

A atuação dos juízes é salutar e, muitas vezes, necessária, mas há de ser parametrizada, para que não se transmude no remédio que, em superdosagem, torna-se prejudicial.

Os riscos da judicialização dos direitos sociais, então, foram aqui expostos para que possam ser aceitos, compreendidos e, a partir daí, seja possível a elaboração dos parâmetros a serem seguidos pelos juízes, para que o controle judicial das políticas públicas sociais seja ministrado na exata medida da qual carece o efetivo gozo, por todos, sem distinção de qualquer natureza, dos direitos humanos constitucionalmente reconhecidos.

49 VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, op. cit., p. 83.

3 REPENSANDO A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: ALGUNS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Um bom ponto de partida para a parametrização da intervenção judicial nas políticas públicas sociais é o artigo 2.1, do PIDESC⁵⁰, que impõe aos Estados signatários a obrigação de adoção de medidas, no limite da disponibilidade de recursos, para assegurar, de forma progressiva, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto.

Da disposição ora em comento, exsurtem duas obrigações assumidas pelos Estados signatários do Pacto. São elas: adoção imediata de medidas adequadas, capazes de assegurar, pelo menos, o conteúdo mínimo de cada um dos direitos reconhecidos no Pacto; e implementação de medidas continuadas, para a realização progressiva dos direitos, à medida dos recursos disponíveis.

Malcolm Langford, ao analisar casos em que reivindicados, judicialmente, direitos sociais, também concluiu pela existência de duas obrigações estatais chaves:

Estas são a obrigação de *adotar medidas* adequadas para implementar progressivamente a plena realização dos direitos dentro dos recursos disponíveis e a obrigação mínima de assegurar que pelo menos os *níveis mínimos* de cada direito sejam atingidos, recaindo sobre o Estado a obrigação de provar caso afirme não ser possível, por falta de recursos, realizá-lo.⁵¹

Não obstante a obrigação de implementação imediata do conteúdo mínimo dos direitos não esteja prevista, de forma expressa, no artigo 2.1, do PIDESC, trata-se de uma conclusão implícita, como observa Christian Courtis:

Um elemento conceitual importante que diz respeito à determinação de responsabilidades de um Estado em relação aos DESC é a noção de *core content* (também denominado conteúdo central mínimo, obrigações centrais mínimas, limiar mínimo ou “conteúdo essencial”, como é conhecido na tradição constitucional alemã e nas tradições que dela decorrem). Essa noção implica a possibilidade de definição do

50 Artigo 2.1. Cada um dos Estados signatários do presente Pacto se compromete a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (tradução livre)

51 LANGFORD, op. cit., p. 112.

grau mínimo absoluto do direito, sem o qual esse direito se tornaria irreconhecível ou não teria significado algum.⁵²

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral n.º 3, cujo objeto é o artigo 2.1, do Pacto, discorre sobre o conteúdo das obrigações impostas aos Estados-parte, identificando, da mesma forma, ao lado da obrigação de realização progressiva, a obrigação de satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos, nos seguintes termos:

9. A principal obrigação de resultado refletida no artigo 2º (1) é tomar medidas “com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos” no Pacto. O termo “progressiva realização” é muitas vezes usado para descrever a intenção dessa expressão. O conceito de progressiva realização constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização de todos os direitos econômicos, sociais e culturais geralmente não é possível de ser alcançada num curto espaço de tempo. Nesse sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que inclui uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes. Contudo, o fato de a realização ao longo do tempo ou, em outras palavras, progressivamente, ser prevista no Pacto não deve ser mal interpretada, como excluindo a obrigação de todo um conteúdo que lhe dê significado. De um lado, a frase demonstra a necessidade de flexibilidade, refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades enfrentadas por cada país, no sentido de assegurar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo global, a verdadeira razão de ser do Pacto, que é estabelecer obrigações claras para os Estados-parte no que diz respeito à plena realização dos direitos em questão. Assim, impõe uma obrigação de agir tão rápida e efetivamente quanto possível em direção àquela meta. Além disso, qualquer medida que signifique deliberado retrocesso exigiria a mais cuidadosa apreciação e necessitaria ser inteiramente justificada com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso integral do máximo de recursos disponíveis.

10. Com base na vasta experiência obtida pelo Comitê, assim como pelo organismo que o precedeu, ao longo de um período de mais de uma

⁵² COURTIS, Christian. Critérios de justificabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 503-504.

década de exame dos relatórios dos Estados-parte, o Comitê é da opinião de que um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos é incumbência de cada Estado-parte. Assim, por exemplo, um Estado-parte em que qualquer número significativo de indivíduos é privado de gêneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde básica, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação está, *prima facie*, falhando para se desincumbir de suas obrigações em relação ao Pacto. Se o Pacto fosse interpretado no sentido de não estabelecer tal núcleo mínimo de obrigações, seria largamente privado de sua razão de ser. Pela mesma razão, deve ser observado que em relação a qualquer avaliação no sentido de verificar se o Estado se desincumbiu desse núcleo mínimo de obrigações, deve-se também levar em conta as restrições de recursos disponíveis no país considerado. O artigo 2º (1) obriga cada Estado-parte a tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado-parte atribua seu fracasso em cumprir seu núcleo mínimo de obrigações à falta de recursos disponíveis, ele deve demonstrar que todo esforço foi feito para usar todos os recursos que estão à disposição, em um empenho para satisfazer, como uma questão de prioridade, essas obrigações mínimas. (tradução livre)⁵³

No âmbito do conteúdo mínimo dos direitos sociais, a liberdade de atuação do Poder Judiciário, para impor obrigações ao Estado, é considerável, visto que a aplicabilidade imediata das normas constitucionais de direitos sociais exige que sejam imediatamente adotadas medidas capazes de realizar o essencial, sem o que o próprio direito quedaria esvaziado.

Contudo, a existência de uma maior liberdade de atuação não implica a ausência de dificuldades práticas. E a dificuldade, neste ponto, reside na delimitação das fronteiras do mínimo existencial, o que é feito de forma gradativa, por meio, justamente, da construção jurisprudencial diante dos casos concretos solucionados.

Uma primeira concepção de mínimo existencial compreende um “conjunto mínimo de prerrogativas e direitos essenciais, [...], sem o qual a existência fica desprovida de elementos vitais ao ser humano e à vida em sociedade”⁵⁴.

53 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 3*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1991. p. 85-86.

54 FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859-860.

Outra concepção admissível é aquela segundo a qual cada um dos direitos sociais, isoladamente considerados, contém um conteúdo mínimo, um núcleo essencial, que deve ser satisfeito imediatamente pelo Estado, e um conteúdo periférico, que admite a implementação progressiva, à medida dos recursos disponíveis.

No que atine ao direito à saúde, o Comentário Geral n.º 14, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, traz em seu bojo uma ideia do que compõe o mínimo essencial do direito:

43. No Comentário Geral n.º 3, o Comitê confirma que os Estados Partes têm a obrigação fundamental de assegurar no mínimo a satisfação de níveis essenciais de cada um dos direitos enunciados no Pacto, incluída a atenção primária básica de saúde. Considerada conjuntamente com instrumentos mais recentes, como o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, a Declaração de AlmaAta oferece uma orientação inequívoca quanto às obrigações básicas emanante do artigo 12. Por conseguinte, o Comitê considera que dentre essas obrigações básicas figuram, como mínimo, as seguintes:

- a) Garantir o direito de acesso aos centros, bens e serviços de saúde sobre uma base não discriminatória, em especial no que respeita aos grupos vulneráveis ou marginalizados;
- b) Assegurar o acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada e segura e garantir que ninguém padeça de fome;
- c) Garantir o acesso a uma casa, uma habitação e a condições sanitárias básicas, assim como a um fornecimento adequado de água limpa potável;
- d) Facilitar medicamentos essenciais, segundo as definições periódicas que figuram no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS;
- e) Velar por uma distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde;
- f) Adotar e aplicar, sobre a base das provas epidemiológicas, uma estratégia e um plano de ação nacionais de saúde pública para fazer frente às preocupações em matéria de saúde de toda a população; a estratégia e o plano de ação deverão ser elaborados, e periodicamente revisados, sobre a base de um processo participativo e transparente;

essa estratégia e esse plano deverão prever métodos, como o direito a indicadores e bases de referência de saúde que permitam vigiar precisamente os progressos realizados; o processo mediante o qual se conceba a estratégia e o plano de ação, assim como o conteúdo de ambos, deverá prestar especial atenção a todos os grupos vulneráveis ou marginalizados.

[...] Cabe assinalar sem embargo que um Estado-Parte não pode nunca nem em nenhuma circunstância justificar seus descumprimento das obrigações básicas enunciadas no parágrafo 43 supra, que são inderrogáveis. (tradução livre)⁵⁵

E, finalmente, a obrigação de satisfação do mínimo existencial pode ser compreendida como uma proibição de não-suficiência, que

exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado por meio dos limites superiores da proibição do excesso e de outro lado por meio de limites inferiores da proibição da não suficiência.⁵⁶

Em suma, na hipótese de os poderes políticos serem completamente omissos, quanto à realização do conteúdo mínimo dos direitos sociais, ou de as políticas públicas sociais implementadas não serem capazes de satisfazer o mínimo existencial, ao Poder Judiciário cabe entrar em ação, para promover a correção da situação de inconstitucionalidade, impondo ao Estado o dever de cumprimento da obrigação imediata que advém da normatividade dos direitos sociais.

No que respeita ao conteúdo periférico dos direitos, por outro lado, o raio de alcance dos órgãos judiciais é mais limitado, visto que tal conteúdo admite uma realização progressiva, na medida em que possibilitem os recursos disponíveis.

É de frisar, de toda sorte, que, do artigo 2.1, do PIDESC, extrai-se a possibilidade de realização progressiva do conteúdo dos direitos sociais

55 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 14*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2000. p. 17-19.

56 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 283.

que transcenda ao seu núcleo essencial. Tal possibilidade, no entanto, não consubstancia um aval para que o Estado permaneça inerte, até que disponha dos recursos necessários para a adoção de medidas. Alguma medida há de ser adotada desde logo, ainda que a plena realização dos direitos sociais só possa ser alcançada em médio ou longo prazo, conforme haja disponibilidade de recursos.

Ou seja, nos casos em que sua inércia acabar por tornar letra morta o texto constitucional no que diz respeito à garantia de direitos sociais, haverá uma afronta ao texto constitucional e, portanto, justificável a atuação do Poder Judiciário.⁵⁷

Este é o entendimento que vem sendo adotado pelas Cortes Constitucionais nacionais, na linha desenhada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral n.º 3, transcrito ao norte, no trecho que aqui interessa. É o exemplo, dentre outros, da África do Sul:

Assim, a Corte Constitucional Sul-africana assumiu que o Judiciário pode e deve proteger os direitos econômicos e sociais e, por sua vez, definiu que cabe ao governo promover políticas para proteção desses direitos. Ou seja, não reconheceu o direito individual à moradia ou à saúde, mas reconheceu o direito dos autores de ter-se medidas legislativas e executivas necessárias para se alcançar a progressiva realização desses direitos.

Em outras palavras, para a Corte Constitucional Sul-africana a Constituição não criou um direito a abrigo ou moradia imediata à ação, mas criou um direito a um coerente e coordenado programa designado para cumprir obrigações constitucionais. A obrigação do Estado seria então de criar um programa que incluísse medidas razoáveis especificamente designadas para garantir algum direito a moradia.⁵⁸

O controle judicial das medidas efetivamente adotadas pelos poderes políticos, com vistas à progressiva realização dos direitos sociais, deve se basear no confronto das mesmas com os padrões jurídicos aplicáveis à espécie⁵⁹, como, por exemplo, a vedação constitucional de tratamento discriminatório. Sobre esta possibilidade, leciona Christian Courtis:

⁵⁷ BARBOZA; KOZICKI, op. cit., p. 77.

⁵⁸ SUSTEIN apud BARBOZA; KOZICKI, op. cit., p. 75.

⁵⁹ ABRAMOVICH, op. cit., p. 205.

Litígios tradicionais envolvendo o princípio da não-discriminação, baseados em distinções normativas fundadas em categorias suspeitas, ou na demonstração de que as práticas legislativa e administrativa exercem impacto desproporcional em um grupo social em particular, podem ser perfeitamente cabíveis – e vêm sendo extensivamente empregado – em matéria de direitos sociais, políticas sociais e serviços sociais. Ações baseadas no questionamento de distinções normativas irrazoáveis, e.g. restrições sobre-inclusivas, ou critérios de elegibilidade sub-inclusivos para a concessão de direitos, segue um padrão semelhante, ainda que as autoridades legislativas e administrativas possam estar sujeitas a formas de escrutínio menos estritas do que no caso de emprego de categorias suspeitas tais como gênero ou raça. O potencial desenvolvimento de outras condições sociais como categorias suspeitas – incluindo, dentre outras, o *status* sócio-econômico – ou como um fator irrazoável para estabelecer distinções normativas, pode, ainda, expandir a proteção conferida pela não-discriminação e pelo princípio da igual proteção da lei para o proveito dos DESC.⁶⁰

Na opinião de Víctor Abramovich, a regra deve ser a seguinte:

[O] tribunal examina a compatibilidade da política pública com o princípio jurídico aplicável e, portanto, sua idoneidade para satisfazer o direito em questão. Nessas circunstâncias, se o tribunal considerar que essa política – ou um aspecto dela – é incompatível com o princípio, reenvia a questão aos poderes concernentes, para que a reformulem.⁶¹

Nada impede, também, que sejam desenvolvidos remédios judiciais dialogais:

Como exemplo, pode-se citar o maior uso de uma declaração retardatária de invalidez de um ato jurídico, por meio da qual os tribunais determinam que ocorreu uma violação, mas retardam o efeito da decisão para dar ao governo tempo para encontrar a melhor forma de reparar o defeito existente na legislação ou na política em questão. [...] Este exercício jurisdicional baseado no diálogo também é evidenciado pelo maior uso que fazem os tribunais (e, muitas vezes, organismos internacionais) do processo judicial como espaço de diálogo com as partes, o que incluiu instigar que estas encontrem

60 COURTIS, op. cit., p. 499.

61 ABRAMOVICH, op. cit., p. 207.

soluções antes que uma decisão final seja tomada.⁶²

Eventual decisão judicial que não se limite a atestar a impropriedade das políticas públicas já implementadas, com o conseqüente reenvio da questão aos poderes competentes, há de considerar a escassez dos recursos financeiros disponíveis, em relação às inúmeras necessidades sociais existentes. Não é o caso de o Poder Judiciário, simplesmente, acatar as razões de defesa do Estado, e deixar de lhe impor uma obrigação, porque não há recursos disponíveis. A correta compreensão da reserva do possível, já se explicou, significa uma análise de razoabilidade, é dizer, os juízes, antes de julgar procedente uma demanda em que seja reivindicada do Estado uma prestação material, para a realização de direitos sociais, devem analisar se a medida pretendida é razoável, isto é, se as condições financeiras do aparato estatal admitem o cumprimento de uma obrigação de tal natureza, considerando-se, para tanto, as necessidades sociais como um todo.

Esta análise de razoabilidade, ainda, deve compreender a possibilidade de a medida ser estendida a todos aqueles que se encontrem em igual situação, ainda que não hajam recorrido ao Poder Judiciário. Isto porque uma característica marcante dos direitos humanos é a sua universalidade, ou seja, a sua aplicabilidade a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza.

A imposição de uma determinada obrigação positiva ao Estado, em sede de demanda judicial, deve, necessariamente, ser precedida de tal verificação, o que exige uma compreensão ampla das políticas públicas sociais, para além dos limites da relação processual.

Acrescenta, ainda, Luiz Antônio Freitas de Almeida, que a obrigação a ser imposta ao réu da demanda

não pode, de fato, ser pensada para uma única situação concreta, sob pena de mácula ao princípio da igualdade: o Judiciário deve cogitar sobre um possível “efeito multiplicador”, isto é, a possibilidade de que sua decisão implique um pulular de novas ações judiciais movidas por outros particulares que pretendam o mesmo bem da vida. Logo, o impacto deve ser considerado de forma global, cabendo também ao Estado demonstrar, em bases mais objetivas possíveis, o índice espalhador de novas demandas – número provável de pessoas que fariam jus ao determinado medicamento, parcela da população que estaria

⁶² LANGFORD, op. cit., p. 116.

em fase de gozo do benefício, o total dos custos para universalizar a pretensão etc.⁶³

Na mesma esteira de raciocínio, entende José Cláudio Carneiro Filho que:

se de antemão se sabe que não é razoável presumir que poderá o Estado fornecer determinado bem ou prestação social a todos os indivíduos que estejam naquela situação (como no caso de um medicamento ou tratamento extremamente dispendioso, fora da realidade econômica possível ao ente federativo em questão), deve ser negado o pedido. Os tribunais são de justiça e direito, e não de caridade (a qual pode ser benéfica para um indivíduo, mas será injusta numa análise global).⁶⁴

Uma solução interessante é a decisão judicial deixar reservado um espaço de discricionariedade administrativa para o seu cumprimento, de forma que as medidas que vierem a ser adotadas pelos poderes políticos possam ser acompanhadas e, por que não?, controladas pelo Poder Judiciário, com o fim de constatar se as medidas são adequadas e universalizáveis, ou se atentam para a unidade do sistema de direitos sociais, por exemplo. Malcolm Langford observa que a tendência, sob forte influência do sistema de acompanhamento de cumprimento de sentenças do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, já vem sendo verificada nos sistemas jurídicos nacionais:

Um êxito significativo neste âmbito tem sido criar a possibilidade de conceder remédios judiciais para além daqueles tradicionalmente encontrados no direito privado, como indenização, restituição, declaração de um ato jurídico como inválido ou ilícito civil. Nesta questão, tem se observado diversas tendências. Em primeiro lugar, alguns tribunais têm exigido que os Estados sigam certo curso de ação para reparar um determinado dano, inclusive por vezes supervisionando o cumprimento destas obrigações.⁶⁵

Na hipótese específica de demandas individuais de reivindicação de medicamentos, o Poder Judiciário deve se limitar à imposição da obrigação de fornecimento de medicamentos já constantes das listas oficiais de distribuição do Estado, listas estas que, consoante o exposto alhures, são

63 ALMEIDA, op. cit., p. 108.

64 CARNEIRO FILHO, op. cit., p. 10.

65 LANGFORD, op. cit., p. 115.

elaboradas segundo um conjunto de critérios, dentre eles, eficácia e custo-benefício do fármaco, em relação aos seus substitutos. Esta é também a opinião de Luís Roberto Barroso, que afirma:

46. O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.⁶⁶

Ações coletivas, de outra forma, podem viabilizar a revisão judicial das listas oficiais, para delas fazer constar novas tecnologias, ou até mesmo para a correção de eventual desvio de avaliação dos poderes políticos⁶⁷.

As ações coletivas, na verdade, são a maneira mais adequada, e eficaz, de se buscar a efetiva implementação de todo o catálogo constitucional de direitos sociais, pelas seguintes razões:

(a) As decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalização da prestação. Não são atendidos apenas os envolvidos diretamente no processo, mas todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições. (b) As decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública. É claro que podem alterar os rumos da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras. Mas não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador. (c) Nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos. Antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados. (d) A priorização das ações coletivas estimula

66 BARROSO, op. cit., p. 897.

67 Ibid., p. 899.

que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil. (e) A priorização de ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais. (f) Nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política no orçamento.⁶⁸

Impõe acrescentar, por fim, a necessidade de se estabelecer uma articulação entre os poderes políticos e os órgãos judiciais. Desta forma, os riscos da intervenção judicial nas políticas públicas sociais, objeto da seção antecedente, podem ser cautelosamente afastados, sem, com isto, restar comprometida a normatividade das disposições constitucionais que preveem direitos sociais. Tal articulação, por exemplo, pode compensar o despreparo técnico dos juízes para lidar com questões políticas, além de propiciar o satisfatório cumprimento das decisões judiciais que venham a ser prolatadas com a participação dos poderes políticos. Nas lições de Malcolm Langford:

[U]m erro comum em muitas estratégias jurídicas é a não inclusão de uma preparação adequada para assegurar a efetiva implementação de um acordo ou decisão judicial favorável. Como observado anteriormente, uma estratégia de defesa de direitos e mobilização mais ampla pode assegurar que haja recursos financeiros, humanos, técnicos e uma estratégia “para além dos advogados” para exigir o cumprimento das decisões judiciais. Cada vez mais, defensores de direitos humanos percebem que a implementação de decisões pode exigir tanto ou mais trabalho do que o trabalho de obter uma sentença favorável. Também pode exigir habilidades que estão além dos autos e das partes envolvidas, como, por exemplo, mediadores e trabalhadores comunitários. Os demandantes e seus advogados necessitam planejar, desde o início, a fase posterior à decisão judicial e contar com recursos suficientes para esta tarefa.⁶⁹

Além do diálogo institucional, a mobilização social é de fundamental importância para a efetiva implementação dos direitos sociais, pois, desta forma, cria-se “um sentimento de apropriação da estratégia de litígio, facilita a produção de provas, amplia a legitimidade da reivindicação feita e ajuda a assegurar a aplicação das ordens e dos acordos alcançados”⁷⁰.

68 SOUZA NETO, op. cit., p. 543-544.

69 LANGFORD, op. cit., p. 121.

70 LANGFORD, op. cit., p. 119.

E, para encerrar, é interessante deixar a salvo que, diante do não atendimento, pelo menos não de forma satisfatória, pelos poderes políticos, das disposições constitucionais que asseguram aos indivíduos direitos sociais, a intervenção do Poder Judiciário, embora possível, e de extrema importância, não é a única via de alcance da efetividade dos direitos sociais. Uma reivindicação de direitos é sempre uma reivindicação de cunho político, de sorte que as vias políticas de reclamação não devem ser totalmente substituídas pelas vias judiciais. Víctor Abramovich alerta:

O que caracteriza essas ações indiretas ou complementares é que as vias judiciais, longe de serem o centro da estratégia de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, servem para afirmar as demais ações políticas empreendidas para encaminhar as demandas de direitos em um conflito coletivo: queixas diretas à administração, desenvolvimento de vias de negociação, ou até *lobbying* sobre os funcionários, o Congresso ou empresas privadas. Novamente, fica claro que não há opções excludentes e que os instrumentos legais podem potencializar o trabalho de incidência política.⁷¹

Os parâmetros aqui expostos, para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais, com vistas à plena realização dos direitos sociais previstos na Constituição, não são os únicos que podem ser estabelecidos. Trata-se de uma construção gradativa. O que deve ficar registrado é que, na seara das questões políticas, as vias judiciais não podem substituir as vias políticas tradicionais. Podem complementá-las, auxiliá-las, e até mesmo corrigi-las, quando for o caso, mas certos limites não de ser respeitados, sob pena de a boa intenção de garantir um determinado direito acabe por resultar no comprometimento dos direitos de toda a sociedade.

4 CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, pretendeu-se, primordialmente, analisar os riscos de uma intervenção indiscriminada do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais, ao garantir o efetivo gozo de direitos sociais, em sede de demandas judiciais individuais, para, então, construir um conjunto de parâmetros para nortear a atuação dos órgãos judiciais, de

71 ABRAMOVICH, op. cit., p. 212.

forma que a garantia do direito objeto da demanda não comprometa os demais direitos sociais da coletividade.

Para tanto, partiu-se da exposição dos argumentos democráticos que, de um lado, combatem a possibilidade de os direitos humanos de segunda dimensão serem reclamados por seus titulares nas vias judiciais e, de outro, são favoráveis à tal possibilidade, justamente como instrumento de fortificação da própria democracia, quando compreendida não como simples vontade da maioria, mas sim como espaço de efetiva participação popular nas questões políticas.

Concluiu-se que, especialmente diante da debilidade das instituições políticas de representação popular, que é a realidade de muitos países em desenvolvimento, dentre eles, o Brasil, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais é não apenas salutar, mas também, muitas vezes, necessária à efetiva implementação dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos.

Todavia, uma vez que estes direitos compõem um conjunto imprescindível para uma existência digna, a garantia de um direito não pode comprometer outros direitos, sob pena de todo o conjunto restar esvaziado.

Por tal motivo, entende-se necessário que a atuação do Poder Judiciário nesta seara atenda a alguns parâmetros.

Dentre eles, o primeiro se relaciona com a obrigação de o Estado adotar medidas para a implementação imediata do conteúdo mínimo de cada um dos direitos fundamentais, inclusive, os direitos sociais. Nos limites do universo do mínimo existencial, então, os órgãos judiciais gozariam de maior liberdade para, em sede de demandas judiciais, impor aos órgãos estatais competentes a obrigação de conceder a prestação material necessária para que o autor da demanda tenha garantido um padrão mínimo na esfera do direito social reclamado.

Por outro lado, para além do conteúdo mínimo dos direitos sociais, o Poder Judiciário deveria manter uma postura um pouco mais reservada, limitando-se, por exemplo, a verificar a compatibilidade das políticas públicas engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo com os padrões jurídicos aplicáveis e, em caso de incompatibilidade, reenviar a questão para as instâncias políticas, para reanálise ou, no máximo, buscar a construção de remédios judiciais dialogais, nos quais os poderes

políticos competentes tivessem preservado o seu papel constitucional de protagonistas das políticas públicas sociais.

Na hipótese de a situação concreta exigir uma atuação mais proativa dos órgãos judiciais, estes deveriam proceder à uma análise da razoabilidade da medida pretendida pelo autor da demanda, sobretudo com vistas à verificação da possibilidade de universalização de tal medida, frente os recursos materiais disponíveis ao Estado, sob pena de as políticas públicas sociais como um todo restarem comprometidas.

Uma outra possibilidade seria a preservação, pelos juízes, de um espaço de discricionariedade estatal, para que o Estado pudesse optar pelos meios mais adequados ao fiel cumprimento da decisão judicial, podendo, para tanto, estabelecerem-se mecanismos de acompanhamento e de controle, pelos órgãos judiciais, das medidas estatais adotadas para o cumprimento de suas decisões, à exemplo do sistema de acompanhamento de cumprimento de sentenças do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Recomenda-se, ainda, diante da preocupação em preservar o caráter de universalidade próprio dos direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais, que seja dada preferência às ações coletivas, em detrimento das ações individuais, bem como que se busque, sempre, uma articulação entre todos os órgãos estatais envolvidos com a satisfação das necessidades sociais básicas, com vistas à implementação homogênea do catálogo de direitos tidos como essenciais para o gozo de uma existência com dignidade. E, para tanto, a mobilização social tem uma importante contribuição a oferecer e, por este motivo, não deve ser desconsiderada, compatibilizando-se, assim, as vias judiciais de garantia de direitos com as vias políticas, uma vez que toda e qualquer reivindicação de direito é, fatalmente, uma reivindicação política.

Os parâmetros que devem nortear a atuação do Poder Judiciário, na implementação judicial dos direitos sociais, de forma alguma, poderiam ser esgotados no limitado âmbito deste estudo. O que se almejou foi, sem a pretensão de esgotar o assunto, construir uma coleção inicial de critérios a serem observados pelos órgãos judiciais, com a consciência de que novos critérios exsurgirão da prática jurisprudencial e doutrinária, sempre com o intento de evitar que a atuação judicial, embora imbuída de boas intenções, acabe pondo em risco a implementação dos direitos sociais como um todo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 189-223, 2005.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direitos fundamentais sociais e sua aplicação pelo Judiciário: hidrólise judicial de políticas públicas ou tutela efetiva? *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, p. 88-123, jan./mar. 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. *ANIMA - Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, v. 1, p. 531-563, 2009. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Jose_Claudio_Carneiro_Filho_a_reserva.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2014.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 487-513.

D'ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Almeida Salomé. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 428-447, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. São Paulo: Almedina, 2012.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859-873.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207-227.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383-416.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, p. 98-133, dez. 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 279-312.

MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Orgs.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 257-273.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 3*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1991. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. *Comentário Geral n.º 9*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1998. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. *Comentário Geral n.º 14*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2000. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966.

Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 1, p. 20-47, 2004.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *PHYSIS - Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.



RECEBIDO EM: 09/06/2015
APROVADO EM: 22/01/2016

A REFORMULAÇÃO DA CONCEPÇÃO JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

THE NEW LEGAL CONCEPTION OF BANKING SECRECY IN INTERNATIONAL SCENARIO

Carolina Reis Jatobá Coêlho

*Mestra em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília/DF
Advogada e Gerente Executiva Substituta da Gerência Nacional de Atendimento Jurídico às Vices-Presidências de Contratação, Tecnologia e Governo da Caixa Econômica Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Análise do cenário nacional: o panorama de proteção jurídica ao sigilo bancário no Brasil; 1.1 O tratamento legislativo do sigilo bancário na Lei Complementar nº 105/2001 e sua conformação jurisprudencial; 2 Análise do cenário internacional: o FATCA como regulação pós-crise e modelos de trocas de informações para fins tributários; 2.1 Os Modelos de Trocas de Informações – FATCA, OCDE e UE; 2.1.1 Modelo OCDE - O

afastamento da anuência de qualquer autoridade para envio das informações: ponto em comum com o FATCA; 2.1.2 Modelo de Tratado da União Europeia: sem ressalvas quanto ao sigilo bancário; 3 A incorporação do FATCA no ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação jurisprudencial do direito ao sigilo bancário: mutação constitucional; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do artigo é confrontar a futura incorporação do F.A.T.C.A. ao ordenamento jurídico brasileiro em face da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal em matéria de sigilo bancário. O F.A.T.C.A. é um conjunto de normas promulgadas em 18/03/2010, alterando-se o Código Tributário Norte-Americano, com produção de efeitos extraterritoriais em etapas que impõe às instituições financeiras estrangeiras obrigações pecuniárias e não-pecuniárias com exposição aos riscos e custos jurídicos e operacionais. Dentre os seus pontos mais polêmicos, está o encaminhamento automático de dados pessoais e de movimentação bancária à autoridade fiscal norte-americana. Em caso de descumprimento, as sanções vão desde a retenção dos tributos nos próprios investimentos até o encerramento da conta bancária do titular. A despeito da assinatura de um Acordo Intergovernamental entre Brasil e EUA, a incorporação do instrumento poderá criar fatores de veto e problemáticas institucionais, pois a quebra de sigilo bancário pelo Fisco no Brasil não é tema pacificado. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional Competente para julgar a interpretação do sigilo bancário, posiciona-se pela prévia autorização judicial. Para as Instituições Financeiras, que são impelidas à participação no cenário global, a aderência ao F.A.T.C.A. torna-se imperiosa, em paralelo à discussão jurídica acerca do tratamento nacional ao sigilo bancário, o que implica: i) pensar na inadequação da clássica lógica de incorporação de normas jurídicas em detrimento de um processo de interação da globalização econômica no qual se observa uma padronização dos ordenamentos jurídicos nacionais; ii) em uma hipótese de mutação constitucional informal por via dos influxos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Sigilo Bancário. Globalização Financeira. F.A.T.C.A.

ABSTRACT: The aim of the paper is to confront the future incorporation of FATCA to the Brazilian legal framework facing jurisprudence of the Supreme Court on banking secrecy. F.A.T.C.A. is a set of standards rules

promulgated on December 18th 2010, which amended the US Tax Code, producing extraterritorial effect in stages. The rule imposes on foreign financial institutions exposure and legal risks and operational costs. Automatic reporting of personal data and bank information to the US tax authority is the more controversial point. In case of noncompliance, the penalties range from withholding taxes on investments themselves until the closure of the bank account holder. Despite of an Intergovernmental Agreement between Brazil and the US, there are some difficult factors and institutional problematic because financial disclosure by tax authorities in Brazil is not a pacified a theme. The Brazilian Court Supreme jurisprudence, positions itself for prior judicial authorization. For Financial Institutions, which are impelled to participate in the global scenario, compliance with FATCA becomes imperative, parallel to the legal discussion of national treatment to banking secrecy, which involves: i) thinking about the inadequacy of classical logic of incorporation of legal norms rather than an interactive process of economic globalization in which one observes standardization of national legal systems; ii) informal constitutional mutation through international inflows.

KEYWORDS: Constitutional Law. Banking Secrecy. Financial Globalization. F.A.T.C.A.

INTRODUÇÃO

"The era of banking secrecy is over"

A declaração dos membros do G20² exarada no contexto de pós-crise econômica que foi caracterizada - dentre outros fatores - pela evasão fiscal e quebra de confiança no sistema financeiro, na forma como dita, parece até incontestável em qualquer contexto e para qualquer cidadão-correntista do mundo.

O sigilo bancário é um direito ancião e corresponde a uma obrigação imposta por contrato, norma, prática costumeira ou por lei positivada infra ou constitucionalmente às instituições financeiras ou equiparadas de manter em segredo dados que lhes cheguem ao

1 *"A era do sigilo bancário acabou". G-20. Leader's Statement. Group Of Twenty. London Summit. G20 Action Plan For Recovery And Reform. Declaration on Strengthening 2 April 2009.* Disponível em:http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20_040209.pdf. Acesso em 03.12.13.

2 O Grupo dos Vinte reúne, desde 1999, os Ministros das Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais das 19 maiores economias do mundo - incluindo o Brasil.

conhecimento como consequência de relações jurídicas vinculadas às suas atividades.

No Brasil, o direito ao sigilo bancário está conformado, de forma interpretativa por doutrina e jurisprudência, ora no inciso X, ora no inciso XII, ora em ambos os incisos do art. 5º da Constituição³. O inciso X protege a vida privada e intimidade da pessoa, enquanto o inciso XII tem em vista a manifestação de pensamento da pessoa.

Não há, portanto, previsão expressa constitucional sobre o próprio sigilo bancário. Infraconstitucionalmente, ao contrário, o sigilo bancário apresenta não só proteção específica, mas encontra hipóteses de exceção na Lei Complementar nº 105/2001. Quanto ao afastamento para fins fiscais, há regulamentação infralegal específica no Decreto nº 3.724/2001, que foi recentemente alterado pelo Decreto nº 8.303, de 04 de setembro de 2014.

Mas será mesmo que o direito ao sigilo bancário está fadado a desaparecer, ainda que enquadrado - em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro - como um direito de estatura constitucional vinculado aos direitos humanos de privacidade e intimidade?

Cinco anos após a declaração dada na Cúpula de Londres, não se pode dizer de forma peremptória que o direito ao sigilo bancário não existe mais, mas muitas iniciativas aparecem de forma global e simultânea na intenção de flexibilizá-lo em face de valores relacionados ao combate à lavagem de dinheiro, corrupção e evasão fiscal.

Pode-se apontar como uma dessas iniciativas legislativas, o *FATCA – Foreign Account Tax Compliance Act*, um conjunto de normas norte-americanas de efeitos extraterritoriais em etapas que apresentam clara intenção de recuperar a economia norte-americana, arrasada com a *crise dos subprimes*, incrementando a arrecadação de tributos por parte de cidadãos residentes fora daquele território estatal.

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2014. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

A legislação referida inseriu um capítulo inteiro (seções 1471 a 1474, correspondente ao Capítulo IV) ao Código Tributário Norte-Americano de 1986 (*Internal Revenue Code*), o que foi denominado no Título V do *Hire Act* de *F.A.T.C.A. - Foreign Account Tax Compliance*, normatização que estabeleceu obrigações com efeitos extraterritoriais, estabelecendo às Instituições Financeiras Estrangeiras (*Foreign Financial Institution* ou *FFI*) procedimentos para a identificação, documentação e monitoramento de contas de pessoas consideradas norte-americanas⁴.

Dentre tantos pontos polêmicos⁵, destaca-se que a legislação estrangeira de efeitos extraterritoriais impõe às Instituições Financeiras e assemelhadas o encaminhamento de informações pessoais e financeiras de cidadãos norte-americanos à Receita Norte-Americana (*Internal Revenue Service – IRS*), o que, em tese, poderia colidir frontalmente em restrições constitucionais, legais e jurisprudenciais de países que consideram o sigilo das operações bancárias em seu ordenamento jurídico doméstico, como é o caso do Brasil.

As informações requeridas referem-se a dados pessoais e também financeiros de cidadãos norte-americanos como: nome, endereço, número de identificação fiscal, número, saldo e movimentação de contas bancárias detidas por⁶: i) *US Individuals/Person* (Pessoas Físicas) cujo valor da conta bancária exceda U\$50.000,00 (cinquenta mil dólares) ou ii) *US Entities* (Pessoas Jurídicas) cujo saldo em conta

4 US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill. 111th Congress*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013. Conforme a alínea b (Apresentação de Relatórios) da Seção 1471 (Retenção de Pagamentos às Instituições Financeiras), os requerimentos da subseção são atendidos com relação a qualquer instituição financeira estrangeira que mantenha um acordo em vigor, ou seja *FFFI – Participating Foreign Financial Institutions*.

5 Vale descrever que outro ponto polêmico é que a implementação da norma implica custos operacionais que deveriam recair sob a responsabilidade do órgão de arrecadação dos E.U.A. originalmente, cuja competência tributária se afirma.

6 Na condição de participantes ou aderentes, as instituições financeiras estrangeiras assumirão obrigações de *Due Diligence* para identificar em sua base de clientes pessoas titulares de contas financeiras que sejam qualificadas como *US Person*, que, em geral serão indivíduos com nacionalidade norte-americana, nascidos nos E.U.A. ou com país norte-americanos, pessoas com visto de permanência nos E.U.A. (*Green Card*). Quando tais pessoas detiverem mais de 10% de participação direta ou indireta no capital ou lucro de empresas brasileiras (estrangeiras fora dos EUA), também serão consideradas *US Person* na modalidade pessoa jurídica independentemente de serem constituídas ou residentes fiscais no Brasil.

bancária ultrapasse o valor de U\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares).⁷

Destaca-se que o procedimento de reporte ocorrerá de forma eletrônica e automática, sem quaisquer autorizações judiciais ou administrativas ou até instauração de qualquer procedimento ou pedido. Esta perspectiva representa mais do que um passo adiante em comparação com modelos de intercâmbio de informações para fins fiscais, sempre firmados por intermédio de acordos ou tratados de cooperação com vinculação e respeito à legislação de cada país sobre o sigilo bancário.

Manifesta-se em real desafio para conformação jurídica da proteção ao sigilo bancário na legislação nacional dos países, principalmente quando a lei ou a jurisprudência condicionem o acesso das informações bancárias pelo Fisco a algumas circunstâncias procedimentais, como a instauração de procedimento fiscal ou autorização judicial específica.

Inspiração para adoção de norma semelhante pela União Européia e pelos países-membros da OCDE., a proposta apresenta tendência de multiplicação via acordos bilaterais e a recentíssima assinatura de um acordo multilateral conduzido pela O.C.D.E. em 29/10/2014, o que demonstra que a afirmação epigrafada pode, sim, vir a constituir-se como uma verdade em um futuro próximo, falando-se já em um regime internacional de troca de informações denominado informalmente de GATCA, uma espécie de FATCA global.

Ora, ao se considerar que a aderência é numerosa - mais do que 80 (oitenta) jurisdições participantes⁸ - e que a maioria delas está tendente a assinar ou já assinou um Acordo Intergovernamental com efeitos de reciprocidade, mais ainda o perímetro da norma alarga-se, fazendo do mundo contemporâneo um lugar de constantes trocas de

7 Para conferir os parâmetros gerais da norma: IRS. *Summary of Key FATCA Provisions*. Disponível em: <<http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Summary-of-Key-FATCA-Provisions>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

8 Na página do Tesouro Norte-Americano, há uma lista das jurisdições já aderentes. Dentre os nomes que já assinaram Acordos Intergovernamentais (IGA – Intergovernmental Agreement) e merecem destaque estão: Ilhas Man, Ilhas Cayman, Malta e outras locais reconhecidos como paraísos fiscais. O Brasil está negociando um Acordo. US DEPARTMENT OF TREASURY. *Jurisdictions that have signed agreements. Jurisdictions that have reached agreements in substance and have consented to being included on this list (beginning on the date indicated in parenthesis)*. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

informações bancárias e, por que não dizer, quase sem resquício ao direito de sigilo bancário.

Ao optar por não aderir ao F.A.T.C.A., a Instituição Financeira ou assemelhada sofre, a partir de 2014, retenções na fonte de 30% sobre rendimentos de fontes dos E.U.A.; a partir de 2015, retenções de 30% sobre o valor principal da venda de participações societárias e renda fixa de fonte dos E.U.A. e a partir de 2017, concomitante às demais, retenções de 0,01% a 30% do valor dos juros e do principal de aplicações financeiras efetuadas em outras instituições financeiras brasileiras ou não, participantes do F.A.T.C.A., quer as aplicações tenham ou não direta relação com os E.U.A.⁹.

Em poucas palavras, a recusa das Instituições Financeiras, é possível em teoria, mas não na prática. As instituições que não cooperarem poderão ser excluídas do sistema financeiro internacional. O custo de não adesão é bastante alto – senão impraticável - já que a instituição financeira que não participar do F.A.T.C.A., além de sofrer retenções na fonte de seus investimentos, poderá apresentar condições mais desfavoráveis para competir no mercado internacional, sofrendo restrições ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes do F.A.T.C.A.

Impelidas à participação no cenário global, a aderência ao F.A.T.C.A. pelas instituições financeiras soa imperiosa, em paralelo à discussão jurídica acerca do tratamento nacional jurisprudencial ao sigilo bancário. Ocorre que, para adesão com segurança jurídica, as Instituições Financeiras precisariam de uma moldura normativa que lhes oferecessem o mínimo de proteção.

Ainda que se discuta que a jurisdição norte-americana circunscreva-se ao próprio território, ao contrário do que o apregoado por doutrinadores norte-americanos que ampliam aquela jurisdição fiscal para onde houver contribuintes daquele Estado, aplicando-se

9 Isso ocorre porque, na economia globalizada, os papéis ligados ao mercado financeiro encontram-se inevitavelmente entrelaçados, de modo que, em algum ponto da cadeia de movimentação bancária ou interbancária, o agente financeiro não aderente poderá prejudicar-se no relacionamento com os demais, evitando a manutenção de negócios recíprocos, já que os custos de transacionar com um não aderente acabará por impactar no aderente que se relaciona com ele, restando, pois, este último isolado no mercado. Para conferir os parâmetros gerais de retenção de tributos: IRS. *Notice 2014-33. Further Guidance on the Implementation of FATCA and Related Withholding Provisions*. Disponível em: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-33.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

de forma irrestrita o princípio da universalidade, a adesão à legislação torna-se facultativa via formalização e internalização de instrumento internacional¹⁰, o que de fato ocorreu no Brasil.

Em 23 de setembro de 2014, o Brasil, representado pelo Ministro da Fazenda Guido Mantega, e os Estados Unidos da América – E.U.A., representado pela embaixadora Liliana Ayalde, assinaram o Acordo de Cooperação Intergovernamental para a troca automática de informações tributárias. O Brasil já é signatário do Acordo para Intercâmbio de Informações Tributárias, assinado em março de 2007 e promulgado pelo Decreto no 8.003, de 15/05/13¹¹. O documento precisava ser ampliado para atender aos requisitos do F.A.T.C.A. A troca de informações se fará respeitando a confidencialidade da informação por ambas as partes, ou seja, observando-se o sigilo fiscal.

Em um futuro próximo, as questões apresentadas pelo processo de incorporação da legislação FATCA ao ordenamento jurídico brasileiro serão discutidas e resolvidas, como: i) natureza jurídica do instrumento que internaliza as normas e sua validade e eficácia; ii) constitucionalidade formal e material das normas diante da interpretação da Corte Constitucional Brasileira (STF) sobre a proteção ao sigilo bancário; iii) alteração no sentido e alcance interpretativo da proteção ao sigilo bancário em todo o mundo e seu reflexo no Brasil.

Diante das questões, observa-se inadequação da lenta e burocrática clássica lógica de incorporação de normas jurídicas - com processos de questionamento acerca do recebimento da legislação em território pátrio - em detrimento do processo de interação da globalização econômica, que cria um constante e intenso movimento de interferências recíprocas entre as racionalidades jurídicas nacionais e internacionais, permitindo-se observar certa padronização nos ordenamentos jurídicos, fruto da internacionalização do Direito e da

10 O acordo pode apresentar como pólos da tratativa: ou órgãos fazendários de ambos os lados ou instituições financeiras estrangeiras e órgão fazendário norte-americano. Estão disponíveis dois modelos para adesão, conforme exista ou não tratado ou acordo internacional prevendo troca de informações para fins fiscais entre os países e considerando ou não as hipóteses de reciprocidade de obrigações para ambos os casos.

11 BRASIL. *Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013*. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, firmado em Brasília, em 20 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2014.

necessidade de criar respostas semelhantes ou harmônicas em todo o mundo para problemas globais.

Fica claro também que a incorporação da norma implica na alteração da concepção e nos limites do direito ao sigilo bancário e que o impacto desta discussão internacional alcança interesses nacionais institucionais. A abertura do sigilo bancário independentemente da necessidade de requisição judicial sempre foi almejada pela Receita Federal do Brasil, que já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária em alguns casos¹².

Quanto ao Ministério Público este já obteve autorização legislativa¹³ para acessar, independentemente de autorização judicial, dados cadastrais de investigados, mais especificamente qualificação pessoal, filiação e endereço mantidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, mas o conteúdo das movimentações financeiras ainda lhe é oponível, conforme leitura jurisprudencial.

Portanto, soma-se aos planos formal e informal do cenário internacional a discussão nacional do tema, estando o sigilo bancário rodeado de pressões por todos os lados, o que inevitavelmente altera sua concepção constitucional, no sentido de proteção à vida privada/intimidade.

Embora exista uma moldura jurídica adjacente para tratar a questão, o tratamento jurisprudencial brasileiro acerca do sigilo bancário, mais especificamente o do Supremo Tribunal Federal, ainda é bastante conservador ou garantista, vinculando a abertura do sigilo à reserva

12 A Receita Federal do Brasil já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária: i) iniciado pelo Ministério Público Federal (existência ou indícios consistentes de crime fiscal); ii) no curso de despacho ou revisão aduaneiros; iii) em vigilância e repressão ao contrabando e descaminho, realizado em operação ostensiva ou iv) relativo ao tratamento automático das declarações de IR (malhas finas).

13 BRASIL. *Lei nº 12.850, 02.08.2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. O artigo Art. 3º determina que: "Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica. Quanto ao sigilo de dados, ele inexistente, uma vez que nos termos do Art. 15: "O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito."

judicial. Para elucidar esta premissa, cita-se o posicionamento pretoriano que vige atualmente pelo julgamento do RE 389.808/PR, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio, determina que a decretação da quebra do sigilo bancário - ressalvada tão somente a competência extraordinária das CPIs prevista no art. 58, § 3º da Carta Constitucional - “pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”.

Fica claro que a assinatura do Acordo Intergovernamental entre EUA e Brasil, visando formalizar a adesão ao FATCA¹⁴ trará discussões acerca da alteração da concepção do sigilo bancário brasileiro, mais especificamente, nos termos da interpretação dada ao direito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

1 ANÁLISE DO CENÁRIO NACIONAL: O PANORAMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

No Brasil, o sigilo bancário foi amplamente discutido após 2001, com a edição da Lei Complementar nº 105, expondo-se posicionamentos polêmicos e polarizados acerca de sua constitucionalidade ou não, diante do alargamento das hipóteses legais de exceção. Muitos abordaram o tema posicionando-se a favor ou não de determinado interesse (da Fazenda, do indivíduo, das Instituições Financeiras etc.), construindo teses jurídicas para tal¹⁵.

Não é este o escopo deste estudo, que apresenta, neste capítulo inicial, os fundamentos jurídicos que ampararam a proteção deste interesse tão antigo, mas que tem se esvaziado na conjuntura contemporânea, ainda que o direito esteja conformado internamente, em alguns países¹⁶, em um contexto de rígida garantia constitucional.

14 U.S. DEPARTMENT OF TREASURY. *Jurisdictions that have signed agreements*. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em: 30 set. 2014.

15 Conferir: CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo Bancário e Fisco: liberdade ou igualdade?* Curitiba: Juruá, 2005. FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal à luz da LC nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001. ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Bancário e Direito à Intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

16 A tutela constitucional do sigilo bancário existe, por exemplo, na Alemanha, mas já há Diretiva específica da UE para harmonizar a legislação nacional. Embora o fundamento do sigilo seja infraconstitucional, um caso interessante é o caso suíço. De acordo com as tratativas daquele Estado com os EUA, o sigilo bancário deixa de existir quanto ao cidadãos norte-americanos. Disponível em <<http://www.swissinfo.ch/por/fatca-é-arma-letal-contra-o-sigilo-bancário/35953020>>. Acesso em 17

O constante e recente ‘renascimento’ do instituto, bem como o destaque que o retorna para o centro de discussões não constituem, contudo, um fenômeno brasileiro, apenas. Eles ocorrem em todo o mundo.¹⁷

Atualmente o tratamento nacional de proteção ao sigilo bancário - e suas discussões internas na doutrina e jurisprudência - tem sido confrontado com a condução do tema nos fóruns internacionais, sejam eles informais e/ou formais e parece não haver como ser diferente. Portanto, àquela moldura institucional e legislativa interna da proteção ao sigilo soma-se a confluência de várias pressões sociais, internas e externas, nacionais e estrangeiras.

De forma complementar a esta observação do cenário internacional (sob os planos formal e informal de abordagem), impossível ignorar o movimento interno – materializado por instituições e atores políticos - para que ocorra uma alteração na concepção jurisprudencial do sigilo bancário enquanto direito fundamental à privacidade/intimidade assegurado na Constituição Federal. Neste sentido, a análise da estrutura jurídica doméstica de proteção ao sigilo bancário vincula-se à atuação de entes públicos, nos limites de sua esfera e poderes e justifica-se na posição do Poder Judiciário, com importância para a conformação do direito de sigilo bancário.

Observando-se retrospectivamente, identificam-se três fases históricas da obrigação de sigilo¹⁸, cuja origem remete às primeiras

dez 2013. Os Bancos Suíços efetuaram reformas após a erosão do sigilo bancário. Esta alteração implicou em uma reestruturação de seu sistema bancário. Anuncia-se que, com o duro processo de regulação de ativos ocultos, os bancos suíços terão que se reinventar. Compras se multiplicaram recentemente com a aquisição do *J. Safra Sarasin* pela filial do banco privado americano Morgan Stanley. Há rumores de que o Credit Suisse estaria interessado em comprar o *Julius Baer*. A *PWC – Price Water House Coopers* estimou que o número de bancos privados na Suíça pode cair em torno de 20% com o tempo. Compare-se a situação atual com a de um relojoeiro suíço nos anos 70 afetado pelo mercado de relógios asiáticos. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/bancos-suicos-tem-reformas-apos-a-erosao-do-sigilo-bancario>>. Acesso em 10 set 2014. O ex-Presidente do Banco Central Suíço *Philip Hildebrand* afirmou que “a Suíça como paraíso fiscal acabou. A Suíça e seu sistema bancário deverão assumir nos próximos 05 a 10 anos que, quando um cliente estrangeiro abre uma conta em um banco suíço, seu nome e os dados de sua conta sejam automaticamente transmitidos às autoridades fiscais de seu país.” Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/su%C3%A7a-paga-conta-do-sigilo-bancario/33392140>>. Acesso em: 10 set. 2014.

17 HAGSTRÖN, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p. 28.

18 Para conferir o desenvolvimento histórico do instituto: COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001. HAGSTRÖN, op. cit., 2009.

trocas comerciais e pode ser descrita como uma combinação de práticas profissionais e consuetudinárias, transformando-se em direito positivo somente séculos mais tarde. Esta primeira fase guarda reminiscências de sacralidade, já que o registro de valores permaneciam em templos, guardados por autoridades religiosas.

O segundo momento histórico está relacionado com o movimento dos direitos humanos, que reconheceu este direito em documentos internacionais, e os incluiu no âmbito constitucional, somente os flexibilizando nos casos em que colidam com outros valores igualmente amparados pela Constituição. A solução para o impasse seria obtida através da formulação de um juízo de concordância prática a ser estabelecido por uma avaliação adequada, em particular, de modo a identificar a “razão de prevalência específica” entre eles.

O terceiro e o último momento histórico é atual, no qual se observa como consequência o desaparecimento do sigilo bancário para fins fiscais como um direito, apresentando-se como resultado direto da preocupação com questões globais, no contexto de cooperação para combate à lavagem de dinheiro, ao tráfico de drogas e, agora mais especificamente, evasão fiscal.

A contradição inerente aos dois últimos momentos relatados acima dá a tônica deste trabalho, que objetiva investigar este período de transição, um cenário que pode ser descrito como um *blend* de ambos no Brasil, identificado pelo impacto da incorporação da legislação norte-americana em solo nacional e o tratamento jurisprudencial dado ao sigilo bancário no âmbito jurídico interno.

1.10 tratamento legislativo do sigilo bancário na Lei Complementar nº 105/2001 e sua conformação jurisprudencial

A Lei Complementar nº 105¹⁹ veio substituir o então artigo 38 da Lei do Sistema Financeiro Nacional, dispendo de forma concreta sobre

19 A referida Lei Complementar foi o resultado do Projeto de Lei Complementar nº 7, de 1995, do apresentado pelo Deputado Lúcio Alcântara e do Senador José Eduardo Dutra e do Projeto de Lei Complementar n 53, de 1997, de autoria do Senador Antonio Carlos Magalhães. Na Comissão de Assuntos Econômicos foram apresentados outras emendas e na forma de substitutivo do Senador Wilson Kleinübing finalmente foi submetido ao Senado Federal, onde recebeu o número 220, de 1998. HAGSTRÖN, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p. 28.

as exceções da regra de sigilo bancário²⁰. Até hoje a legislação rege de forma sistemática o tema e foi palco para ampla discussão, fomentando-se o desenvolvimento de doutrina e legislação para o tema, fortalecendo-se o instituto.

A norma franqueou o acesso às informações bancárias a determinadas autoridades, cada qual com sua específica finalidade, diante de valores e interesses que mereceriam o afastamento do sigilo. Podem solicitar informações relativas à quebra de sigilo bancário: Banco Central do Brasil; Comissão de Valores Mobiliários; Poder Judiciário, Poder Legislativo Federal e Receita Federal do Brasil²¹.

No Estado Democrático de Direito, este poder-dever é a exteriorização de uma das principais prerrogativas que decorrem da supremacia do interesse público, motivo pelo qual não é reconhecido simplesmente como um poder, mas também como dever do Estado. Em verdade, trata-se de um poder concedido pelo legislador de forma restrita a um ator político nacional para viabilizar o cumprimento de um dever legal. Não podem, por isso, sujeitarem-se a um mero critério subjetivo do administrador para exercê-las em arbítrio, já que tais deveres decorrem

20 Optou-se, neste trabalho, racionalmente por utilizar o termo sigilo bancário, em detrimento dos termos sigilo/segredo financeiro. A despeito do segredo e sigilo designarem questões semelhantes para o Direito, diz-se que o sigilo representa um dever de manutenção de um segredo, ou seja, o sigilo designa uma obrigação que recai sobre o segredo, objeto de proteção e um estado de fato protegido pelo direito. Neste sentido, é preferível referir-se ao sigilo ao invés de segredo, pois este relaciona-se à obrigação formatada e não ao objeto dela. Quanto à denominação sigilo bancário ou financeiro, fica claro que o termo “financeiro” abrange maior significação e abrangência, de observância obrigatória por outros agentes do mercado, como por exemplo, fundos de investimento e companhias de securitização, dentre outros. A despeito disso, esta pesquisa referir-se-á ao sigilo bancário porque este termo é mais comum e utilizado largamente em vários Estados, como é o caso dos E.U.A. que se referem ao *Banking Secrecy* e não ao *Financial Secrecy*.

21 As situações do Ministério Público não serão objeto deste trabalho de forma específica, porque decorrem, em verdade de uma interpretação de que a Lei Complementar nº 75/93 havia conferido àquele órgão a possibilidade de quebra como mera decorrência do seu poder investigatório, poder este já amplamente reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cf.: BRASIL. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 set 2014. “[...] CAPÍTULO II - Dos Instrumentos de Atuação. Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: [...] XVIII - representar; a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins. Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.” O STF vincula a necessidade de autorização judicial para quebra de sigilo bancário pelo MPF.

de competências legalmente determinadas no regular exercício de sua função pública, sendo, por isso, inafastáveis seus limites.

Relativamente aos poderes conferidos pela Receita Federal, no entanto, é que o tema se faz mais polêmico. Com o advento da Lei Complementar nº 105/01 e a consequente revogação do artigo 38 da Lei nº 4.595/64, substituiu-se a previsão de exceção oponível à Receita Federal no parágrafo 5º, que disciplinava que os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados poderiam proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente, pelo art. 6º da lei complementar.

O artigo 6º praticamente manteve os mesmos critérios autorizadores para acesso do Fisco às informações financeiras: i) existência de processo e ii) imprescindibilidade da medida (quando tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente) e estendeu a exceção para os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e autoridades. O processo a que faz referência o artigo é o processo administrativo ou o procedimento fiscal em curso.

A despeito disso, advogam alguns, que, pela interpretação do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, não haveria necessidade de intervenção do Poder Judiciário, bastando, pois, que a Administração Pública considere indispensável as informações para requerê-las, obrigando a quem estiver de posse destas a fornecê-las.

Para os demais, o ponto polêmico reside na interpretação do termo “administrativo” constante do final do art. 6º, caput, da referida Lei Complementar. Em razão disso, algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas a fim de substituir o entendimento de que o processo referido na lei é o processo judicial e não qualquer outro.

Na história jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, interpretava-se que os dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de créditos tributários, também não estão legitimados.

Além disso, quando o propósito do encaminhamento de dados bancários às autoridades fiscais mediante requisição direta às instituições financeiras ultrapassa a competência arrecadatória da Receita e implica em instruir processo penal destinado a investigar crimes contra a Ordem Tributária, o Superior Tribunal preserva o garantismo, submetendo o pleito à imprescindível avaliação do magistrado competente, que vai motivar concretamente a decisão na busca da prevalência pelo melhor interesse a ser resguardado no caso concreto²².

Quanto à excepcionalização do sigilo para fins fiscais no Supremo Tribunal Federal, cabe ressaltar que a temática não é pacífica. Embora o tratamento de qualquer direito fundamental – principalmente liberdades pessoais – comporte exceções fundamentadas no interesse público, geralmente previstos expressamente em lei ordinária que lhe conforma o sentido, a linha recente de entendimento do Supremo Tribunal Federal acena para a impossibilidade de o Fisco obter informações bancárias sigilosas, nos termos dos Recursos Extraordinários nº 387.604 e nº 389.808, sem prévia autorização judicial²³, isso porque entende que o órgão jurisdicional é o único apto e legítimo a ponderar os interesses privados e públicos no caso concreto. Ainda, nos autos do Recurso Extraordinário 601.314, a Corte afetou o tema à repercussão geral em 2009, mas o tema ainda não foi julgado.

Nos termos da decisão do Recurso Extraordinário 389.808, fulcrada no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações. A exceção é a quebra do sigilo, que deve ser submetida ao crivo de órgão denominado pelo Relator de “equidistante”, o Poder Judiciário”. E, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal, motivo pelo qual “conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à

22 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br> . Acesso em: 20 ago. 2014. A este respeito, pode-se citar os seguintes precedentes: HC 237.057-RJ, Sexta Turma, DJe 27/2/2013; REsp 1.201.442-RJ, Sexta Turma, DJe 22/8/2013; AgRg no REsp 1.402.649-BA, Sexta Turma, DJe 18/11/2013. RHC 41.532-PR, dentre outros.

23 No RE 389.808/PR, o relator, Min. Marco Aurélio, afirma: “a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3o), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”. Já no RE 387.604 confirma a decisão, declarando que a mitigação do direito dar-se-á exclusivamente por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, motivado pela necessidade de de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).

Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”

A maioria foi apertada e a divergência aberta pelo Ministro Dias Toffoli foi acompanhada dos ministros Cármen Lúcia, Ayres Britto (aposentado), Ellen Gracie (aposentada). Quanto à exceção constitucional da regra de tutela de privacidade, menciona-se o artigo 145, que confere faculdade de acesso à administração tributária, que poderia identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte nos termos da lei, desde que respeitando-se os direitos individuais.

Como o texto constitucional utiliza-se da expressão ‘nos termos da lei’, o acesso ficaria restrito às hipóteses previstas lei, à inteligência de que esta seria uma norma de eficácia contida ou restringível, ou seja, a despeito de sua eficácia plena, admite-se sua restrição legislativa.

Este posicionamento jurídico foi confirmado pelo Recurso Extraordinário nº 21.978, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, no qual se reconheceu que, a despeito da disposição constitucional garantidora do direito, as exceções teriam morada na legislação infraconstitucional. Confira-se: “No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.”

Cabe salientar que, no histórico jurisprudencial da Corte, havia uma previsão de ponderação de valores necessária. No Agravo Regimental no Inquérito (AGINQ) n 895/DF, a maioria dos ministros fundamenta seu voto pela não absolutividade do direito ao sigilo bancário, fala-se já no contexto de ponderação de valores, diante da expansão dos “espaços de conflito de liberdades públicas”²⁴ e prevalência dos interesses públicos envolvidos na quebra de sigilo.

Ainda com fundamento na ausência de absolutividade da proteção ao sigilo bancário, nos autos do RE nº219.780/PE, o STF autorizou sua quebra, diante da prevalência do interesse público diante do interesse privado, bem como confirmou que, uma vez cumpridas as exigências

24 STF. *Pet 577 QO/DF. QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO*. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 25/03/1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 23/04/1993, p. 06918. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86437>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

do devido processo administrativo previstas o artigo 7º, I, do Decreto 70.235/72 e no artigo 142 do CTN, a excepcionalização é possível. Ainda, alegou-se que as informações continuam resguardadas pelo sigilo fiscal, sem divulgação a terceiro, o que esvazia a assertiva que informa haver corrompimento da comunicação entre Banco e cliente. Ademais, fora dito que o artigo 145 da Constituição Federal permitia que as prerrogativas do Fisco fossem exercidas em respeito aos direitos individuais e nos termos da lei²⁵.

Das decisões do STF tomadas até então, ficam patentes os seguintes posicionamentos: i) trata-se de direito não absoluto; ii) o sigilo bancário tem assento constitucional na interpretação do conceito da proteção da intimidade prevista no inciso X ou inciso XII do artigo 5º da Constituição; iii) matéria não está adstrita à reserva jurisdicional, pois pode ser flexibilizado por Comissão Parlamentar de Inquérito que detenha os mesmos poderes judiciais; iv) a decisão requer base empírica na qual se constate a necessidade da medida (juízo de proporcionalidade) e existência de indícios relevantes; v) o STF limita o *“fishing expedition”*, ou seja, a devassa indiscriminada na intimidade financeira, não podendo ser manipulada pelos agentes.

Após a aprovação da LC nº 105/2001, sua constitucionalidade foi questionada no STF, mais especificamente pelas ADI 2386 (apensa à ADI 2390 e 2386) e ADI 2389 (apensa à ADI 2406), e, mais recentemente ADI 4010, nas quais questionam-se os art. 1º, § 4º, inciso I, o art. 5º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, e o art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 105/01, e o Decreto nº 3.724/01, relativos à quebra do sigilo das operações de instituições financeiras pelo Fisco, com fundamento nos incisos X e XII da Constituição, bem como o devido processo legal na sua concepção substantiva.

No entanto, a despeito de ainda não resolvida a questão, o posicionamento pretoriano que vige atualmente destaca-se pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio, determina que a decretação da quebra do sigilo bancário - ressalvada tão somente a competência extraordinária das CPIs prevista no art. 58, § 3º da Carta Constitucional - “pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de

25 RE 219780/PE. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Carlos Velloso. DJ 10/09/1999. p. 23.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248682>>

Acesso em: 17 ago. 2014.

fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”.

A virada de jurisprudência conduzida pelo voto do ministro relator altera de forma significativa a interpretação que vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, enquadrando o respectivo sigilo exclusivamente no dispositivo constitucional do inciso XII do artigo 5º, configurando-o como direito fundamental ao sigilo de dados e correspondência, que é afastável tão-somente nas hipóteses de autorização expressa emanada pelo Poder Judiciário e, mesmo assim, com a finalidade única de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ocorre que ao estabelecer que a quebra vincula-se sempre à existência de ordem judicial, o voto ignora não só a redação do próprio dispositivo constitucional que, em sua parte final ressalva a quebra, condicionando-a a existência de lei nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal - motivo pelo qual as informações seriam abertas ou a Polícia ou ao Ministério Público ou até mesmo à Fazenda em hipóteses de comprovada sonegação fiscal -, mas também faz pouco caso dos já existentes dispositivos infralegais que autorizam o acesso da Fazenda aos dados de movimentação bancária, ou até mesmo do artigo 145 constitucional.

Fundamentando seu voto no princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III, argumenta o relator que as relações internacionais devem guiar-se pela prevalência dos direitos humanos nos termos do artigo 4º, inciso II e enquadra a proteção do sigilo bancário no inciso XII do artigo 5º, diferentemente do que o Supremo Tribunal Federal já havia admitido como principal fundamento jurídico, diante do enquadramento no inciso X do artigo 5º²⁶. O Ministro Relator retoma alguns dos últimos julgados da Corte – alguns deles sem relação com a quebra do sigilo para fins fiscais, mas sim relativos ao acesso pela CPI; TCU e órgãos de controle em geral.

No recurso extraordinário mencionado, três pilares interpretativos são desenvolvidos para se chegar à conclusão de que a Receita Federal não estaria apta a quebrar o sigilo bancário. O primeiro é o que foi denominado pelo relator como “rigidez da Constituição”, no sentido de que ato normativo deve respeitar o que nela se insere. O segundo trata do “primado do Judiciário”, não se podendo transferir a atuação de órgão reservada exclusivamente por disposição constitucional.

O terceiro argumento é a “prerrogativa de foro”, sob o qual, partindo-se da premissa de que o cidadão só pode ter o sigilo afastado ante a atuação do órgão competente, e considerando que o correntista detenha, por exemplo, prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo STF, só a Corte poderia afastar seu sigilo, o que implica em considerar que qualquer tentativa de restrição do patrimônio pela Receita Federal, ainda que com objetivos arrecadatários, seria caracterizada como coação política na cobrança de tributos, indo de encontro a alguns dos verbetes da Corte.

Por fim, em conclusão, a ordem de segurança é deferida para conferir à legislação de regência – Lei nº 9.311/96; Lei Complementar nº 105 e Decreto nº 3.724/01 uma interpretação conforme a Constituição²⁶ para somente autorizar o afastamento do sigilo bancário do cidadão mediante ordem expressamente emanada do Poder Judiciário.

O auge da argumentação é alcançado pela citação do caso Francenildo, referente à Petição nº 3.898, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se afirmou que nem mesmo o Ministro da Fazenda, maior autoridade na esfera fiscal, poderia obter acesso a dados bancários de cidadão determinado, motivo pelo qual não se poderia cogitar o acesso de órgão subordinado ao determinado Ministério, a Receita Federal.

A divergência foi inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, que se manifestou semelhantemente ao que fez por ocasião nos termos da Ação Cautelar nº 33, na qual afirmou que os incisos X e XII devem ser lidos à luz do artigo 145, parágrafo 1º, o qual permite à Administração Tributária identificar, respeitados os direitos e garantias individuais, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Para ele, as garantias e direitos individuais estariam preservadas diante da previsão de criminalização das condutas de quebra ilegais, o que protege eventual violação do direito.

Ademais, argumentou que a Receita Federal já dispõe regularmente do acesso a informações sobre quase a totalidade de nosso patrimônio, em razão do que lhe é apresentado anualmente quanto a declaração de bens e direitos para fins de cálculo do Imposto sobre a Renda. Portanto, como a “Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como é que ela não pode ter acesso ao conjunto menor?” E o parágrafo 1º do artigo 145 muito sabiamente ressaltou o respeito aos direitos individuais, sendo lícita a identificação conforme os artigos 10 e 11 da Lei Complementar nº

105/2001, que assegura a responsabilização penal do agente fazendário que violar o sigilo bancário.

Em complemento a este entendimento, a Ministra Carmen Lúcia esclareceu não haver quebra de privacidade, considerando que somente há uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal, ficando o órgão fazendário responsável pela preservação daqueles dados. Com o voto divergente, totalizando 4 votos, também votaram o Ministro Carlos Ayres Britto e a Ministra Ellen Gracie, que havia pedido vista, mas depois voltou atrás e votou exatamente como na Ação Cautelar n 33, pelo improvimento do recurso extraordinário.

O Ministro Carlos Ayres Britto, que confirma que o pretendido pela Constituição é evitar a interceptação clandestina ou desautorizada de comunicações, ou seja, intromissão em “conversa alheia”, o vazamento de dados, a divulgação deles, pelo que decorre da interpretação dos incisos X e XII do artigo 5^o-da Constituição, que dizem respeito às relações de privacidade (referente à relação com terceiros e não referente à intimidade, consigo próprio) e preservação de dados, não quanto ao acesso, mas sim quanto à transferência deles, o que implica em cláusula de confidencialidade, cuja eventual quebra indica o cometimento de tipo penal. Segundo ele, a preservação de dados incidirá no futuro somente sobre “o ser” e não “o ter”, como lógica natural de “uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia.”

Votaram com o Relator os Ministros Ricardo Lewandowski; Gilmar Mendes; Celso de Mello e Cezar Peluso. O Ministro Gilmar Mendes analisa a questão na perspectiva do princípio da eficiência e discute sobre as consequências e custos inerentes ao órgão sobre o qual recairia a abertura do sigilo, diretamente ao órgão fazendário ou ao Poder Judiciário, assinalando que se “paga um preço por viver em um Estado de Direito ou numa democracia que é a observância de regras mais onerosas” e manifestando-se no sentido de que está presente a necessidade da reserva de jurisdição.

O Ministro Celso de Mello posiciona-se no sentido de não admitir o arbítrio estatal contra o estatuto constitucional das liberdades públicas, que protege a intimidade financeira das pessoas, na acepção do círculo de proteção em torno da prerrogativa de liberdade pessoal, e embora não ceda à absolutividade, deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, a quem o ordenamento jurídico estabeleceu cláusula de salvaguarda para fins de ponderação dos valores, diante de um critério de preponderância

razoável, caso não exista um meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos.

Assim, por apertada maioria, houve uma virada jurisprudencial acerca do assunto, uma vez que já fora possível para a Corte, em um passado próximo, excepcionalizar o acesso do sigilo bancário conforme expressamente previsto na legislação infraconstitucional, desde que houvesse observância de instrução procedimental, respeitando-se o *due process of law* existente na instrução procedimental conduzida pela Receita Federal do Brasil.

Já o Recurso Extraordinário nº 387.604 culminou em decisão monocrática de Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, confirma a decisão, declarando que a mitigação do direito dar-se-á exclusivamente por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, motivado pela necessidade de se resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).

Vê-se, portanto, que a posição do STF sobre o sigilo bancário atualmente – pelo fortalecimento dos argumentos quanto à ponderação de valores – é ainda mais conservadora do que no pretérito foi, só podendo ser quebrado mediante outro direito albergado na Carta Maior, mediante um juízo de concordância prática, identificando-se um em outro interesse também de índole constitucional uma relação específica de prevalência, não se podendo, para tal, a mera arrecadação tributária, ainda que mediante procedimento fiscal legitimamente instaurado, como já fora admitido anteriormente.

No mais, entende-se que esta posição atual do Supremo Tribunal Federal vem contextualizada em um período histórico no qual aquela Corte se entende na posição ativista de defesa de direitos e garantias fundamentais, utilizando-se de uma hermenêutica constitucionalista garantista.

Resta aguardar o posicionamento futuro do Supremo Tribunal Federal diante da futura nova composição da Corte, que em breve será remodelada em relação aos julgadores acima²⁶. Dos que já expressaram seu voto pela tese acima, tem-se Ministros Celso de Mello, Gilmar

26 Vê-se que, no julgamento, alguns ministros não votaram. Além disso, de 2011 até o presente momento, houve algumas substituições que poderão mudar os cenários apontados: Luiz Fux, precedido por Eros Grau, Rosa Weber, precedida de Ellen Gracie, Teori Zavascki, precedido de Cezar Peluso e Luis Roberto

Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski. Não se conhece a posição dos seguintes Ministros como membros do STF: Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki. O ministro Joaquim Barbosa, aposentou-se.

Em seu mandato, a presidenta Dilma terá de escolher pelo menos mais cinco nomes para as vagas de Celso de Mello, que deve se aposentar em 2015; Marco Aurélio Mello e Teori Zavascki, que completam 70 anos em 2016; e Rosa Weber e Ricardo Lewandowski que deverão se aposentar compulsoriamente em 2018.

2 ANÁLISE DO CENÁRIO INTERNACIONAL: O FATCA COMO REGULAÇÃO PÓS-CRISE E MODELOS DE TROCAS DE INFORMAÇÕES PARA FINS TRIBUTÁRIOS

É comum defender-se que as sinergias e tensões entre as esferas jurídica e econômica poderiam justificar as alterações nas concepções jurídicas de alguns direitos individuais no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, caracterizando as interferências da Economia no Direito. A flexibilização de direitos individuais também pode ser considerada um mero sintoma da Sociedade de Riscos²⁷.

A Sociedade de Riscos substitui a modernidade industrial e é caracterizada pela dinamicidade de numerosos fatores – tecnológicos, científicos, econômicos –, expondo-se constantemente a crises que tomam proporções globais com efeitos nas esferas econômica, financeira, política, ambiental etc., de abrangência local, regional ou global.

Nesse contexto, o elemento constituinte é a incerteza que é assumida por todos. Esse movimento gera uma solidariedade entre países, instituições e indivíduos nascida do contexto de perigo comum a que estão submetidos, criando respostas que seriam inconcebíveis em outros contextos históricos²⁸.

Não é, entretanto, a abordagem da Sociedade de Risco ou do interrelacionamento entre sistemas sociais que interessa à

Barroso, precedido de Carlos Ayres Britto. Ainda há a vaga do Ministro Joaquim Barbosa que formalizou o pedido de aposentadoria, mas ainda não foi substituído.

27 O conceito de Sociedade de Risco é desenvolvido por Ulrich Beck que identifica uma ruptura no interior da modernidade, reconfigurando seu conceito.

28 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

contextualização do tema proposto. Não há dúvidas de que as incertezas advindas da Sociedade de Riscos ou a tensão e sinergia entre Direito e Economia alteram as estruturas jurídicas de forma constante e em longo prazo.

Na crise, a alteração normativa funciona nos moldes de uma resposta mais imediata. A superveniência de crises evoca a necessidade de rápida superação dos obstáculos postos, além de permitir uma reflexão sobre seus motivos ensejadores, com conseqüente delineamento de providências repressivas, mas sobretudo, preventivas, tendo o Direito o papel de legitimar ambas as ações²⁹.

Assim, verifica-se uma nova função do Direito – enquanto fato social e ciência – na resposta à crise, já que ele tradicionalmente não está apto a lidar com a dinamicidade contemporânea na forma esperada para superá-la ou evitá-la.³⁰ Fica claro que diante de novos paradigmas, intenciona-se legitimar uma série de medidas que provavelmente não seriam aprovadas em um contexto geopolítico anterior como é exemplo a restrição de garantias individuais – materiais ou processuais – e a criação de normas com efeitos extraterritoriais para atingir indivíduos de outras nacionalidades e preservar o escopo de segurança mundial³¹.

Na crise, nem mesmo diante da flexibilização e da alteração de alguns institutos jurídicos, o Direito – com seus mecanismos formais e pouco céleres – consegue dar respostas suficientemente eficientes, seja frente à necessária preservação do *status quo* anterior à crise, seu posterior enfrentamento ou à minimização de seus efeitos para o futuro.

A autossuficiência dos sistemas em geral é desafiada na crise, colocando em xeque as prioridades então estabelecidas, exigindo-se estratégias inéditas e novas formas de ação, inclusive do Direito.

29 Cf. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

30 A este respeito, pode-se citar a título de exemplo, que os atentados terroristas de 11 de setembro configuraram um suporte de segurança não antes conhecido pela Organização das Nações Unidas e mesmo de algum Estado Nacional.

31 Cf. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

Discute-se, de forma cooperativa entre os países, quais deveriam ser as atuações conjuntas em curto, médio e longo prazo. Com base nesse contexto, exige-se uma ampla reformulação dos conceitos, das categorias, das regras e dos procedimentos jurídicos, com consideráveis e justificáveis alterações jurídicas.³²

Quando se analisa a crise financeira de 2008³³, já se afirma que os paradigmas do Consenso de Washington³⁴ foram substituídos pelo Consenso de Londres. Isso significa, grosso modo, que a liderança mundial antes restrita ao G-7 ou G-8 remodela-se para um grupo maior, com mais heterogeneidade e compartilhamento do poder entre países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. É óbvio que é uma configuração de países mais e menos influentes. No entanto, a inclusão dos países emergentes nas pautas de discussão mundial já é um avanço considerável.

O encontro marcou o anúncio do ‘fim do sigilo bancário’ e talvez até dos ‘paraísos fiscais’, justificado na premissa de que se deveria fomentar uma nova higidez do sistema por meio de instrumentos legais que possam ser utilizados de forma eficiente para reconstruir as fragilidades da antiga arquitetura funcional, com impacto em demandas domésticas e globais.

Como consequência inexorável à crise, o Direito deve ser remodelado. Questionam-se procedimentos normativos e padrões fundamentados na teoria jurídica clássica. Constata-se que eles são insuficientes para sujeitar e atingir atores de forma homogênea, particularmente no caso de os Estados Nacionais alcançarem a regulação do sistema interno coincidente apenas com seu espaço territorial. Nesse sentido, existe unificação legislativa e internacionalização do Direito com intenção de moldar sistemas jurídicos uniformes e mais controlados.

32 FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31-34.

33 Não é o foco deste trabalho a discussão acerca dos fatores que desencadearam a ocorrência da crise. No entanto, FARIA (FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.21-22) defende que se somaram fatores novos e antigos que justificariam a crise. Os primeiros, inéditos e específicos, os segundos, problemas já suficientemente conhecidos nos registros de turbulências bancárias desde a Grande Depressão. Dentre os primeiros, enumera: “o crescimento descontrolado de derivativos, multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, opacidade de novos tipos de operações e fundos de investimento, níveis elevados e não controlados de alavancagem, conflitos de interesses de agências de classificação de risco, políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição do risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou nenhuma regulamentação”.

34 HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues. *Globalização e Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 158.

É no cenário de pós-crise, de organização jurídica em redes e na intenção cooperativa que se remete as origens³⁵ do FATCA. A criação da norma deu-se em 2010, ano ápice dos efeitos da crise econômica e em meio a outras propostas já existentes que também foram recrudescidas³⁶. Em 18 de março do mesmo ano foi sancionado pelo Presidente dos Estados Unidos da América (E.U.A.) o Ato para Recuperação e Incentivo do Emprego (*Hiring Incentives to Restore* ou *Employment Act - HIRE Act*³⁷). Trata-se de um pacote de políticas destinadas a fazer face à recessão econômica de 2008, ao gerar incentivos fiscais para o setor privado, bem como prever melhor planejamento e monitoramento da arrecadação já existente.

Por ocasião da assinatura, o Presidente Norte-Americano *Barack Obama* destacou que governos não resolveriam os problemas econômicos decorrentes da recessão sozinhos, mas que precisariam do setor privado

35 Para a pesquisa, interessa analisar a norma a partir de sua edição. No entanto, vale ressaltar que a proposta de combate à evasão de divisas é um tema antigo, principalmente na cabeça das autoridades norte-americanas, por exemplo, em carta do Presidente Franklin Roosevelt, datada de 1937, na qual ele alerta ao então Secretário da Receita, *Henry Morgenthau*, sobre os riscos de contas offshore não tributáveis. Vários instrumentos precederam a norma, destacando-se, desde 2007: *John Doe Summons* (intimações *John Doe*, destinadas a descobrir informações sobre contas fantasmas); intercâmbio de informações em conformidade com os tratados fiscais; ou encaminhamento de informação voluntária por parte de instituições financeiras realizado pelo denominado *QI Qualified Intermediary* - Intermediário Qualificado. No entanto, embora paralelas, nenhuma delas apresenta os mesmos efeitos da legislação que ora se estuda, dos quais destacam-se: informação automática por meio de reportes e realização de due diligence por instituições financeiras. Para conhecer tais instrumentos, conferir: NESSLER, Richard A. *United States: IRS Issues John Doe Summons For Hidden Accounts*. Disponível em: <<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/307668/tax+authorities/IRS+Issues+John+Doe+Summons+For+Hidden+Accounts>> . Acesso em: 18 ago. 2014.

36 BAKER, Mary Burke. The Tin Can Buried in the Backyard: How Revised FBAR and New FATCA Information Reporting Rules May Stage a Comeback. *Benefits Law Journal*, Spring 2012, v. 25 Issue 1, p. 5. Conforme o autor, na mesma época houve um recrudescimento de outra proposta precedente e semelhante ao F.A.T.C.A. Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR) é um relatório que mapeia contas estrangeiras em todo o mundo e que está em vigor desde 1972, com o escopo de identificar e combater crimes financeiros. O Secretário da Receita Federal em 1970, Sr. *Eugene T. Rossides* descreveu alguns objetivos do Relatório, dentre eles: "construir um sistema de combate ao crime organizado e crimes de colarinho branco para dissuadir e impedir a utilização de contas bancárias secretas no exterior utilizadas para fraude fiscal e uma grande variedade de atividades financeiras criminalmente relacionadas." Em 2010, o Relatório Final do Grupo de Trabalho *Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)* resgatou sem rodeios a ideia propugnada por *Rossides*: "Follow the Money" (Siga o Dinheiro). Na verdade, o sistema é muito semelhante, mas a pedra angular do FATCA é contar com o auxílio de terceiros, mais especificamente instituições financeiras.

37 US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills*. House Bill. 111Th CONGRESS. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

para reaquecer a economia, que além de criar empregos, deveriam gerar renda de impostos³⁸.

Focada na necessidade de aquecimento econômico propulsionado pelo setor privado, a legislação prevê mecanismos que possibilitariam maior arrecadação de tributos pelo Estado Norte-Americano, evitando a omissão de receitas relativas a ativos estrangeiros³⁹. Neste sentido, a legislação inseriu um capítulo inteiro (seções 1471 a 1474, correspondente ao Capítulo IV) ao Código Tributário Norte-Americano de 1986, o que foi denominado no Título V do *Hire Act*⁴⁰ de *F.A.T.C.A. - Foreign Account Tax Compliance*, normatização que estabeleceu obrigações com efeitos extraterritoriais, estabelecendo às Instituições Financeiras Estrangeiras (*Foreign Financial Institution* ou *FFI*) procedimentos para a identificação, documentação e monitoramento de contas de pessoas consideradas norte-americanas⁴¹.

De forma paradoxal, no cenário de crise mundial, observa-se que, enquanto outros mecanismos falham, os negócios – e aí acrescenta-se o comércio e a movimentação financeira – parecem conduzir a uma força suficiente para unificar e harmonizar as coisas, considerando-se mais efetivo do que muitos exércitos.⁴²

38 THE WHITE HOUSE. *Office of The Press Secretary*. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-signing-hire-act>>. Acesso em: 10 dez 13. O discurso não faz qualquer referência à alterações legislativas no Código Tributário, nem destaca a importância de procedimentos de reporte de informações pessoais e bancárias para o incremento do volume de arrecadação tributária nem sequer menciona a obrigatoriedade de observância por parte de instituições financeiras estrangeiras que se localizam fora do território norte-americano.

39 HATTEN-BOYD, Laurie. FATCA: Will This Penal Withholding Regime Have Its Intended Effect? *International Tax Journal*, jul. 2010, v. 36, Issue 4, p. 3. Segundo a autora “A Comissão Mista de Tributação estimou que as disposições do F.A.T.C.A. vão impedir as pessoas de sonegar U\$ 8,7 bilhões em impostos dos EUA, durante os próximos 10 anos.”

40 O referido Título V é denominado OFFSET PROVISIONS, que, em tradução livre da autora, significa “disposições fora do lugar” ou “outras disposições da lei” ou “disposições deslocadas”, sem vínculo com sua essência principal da lei, o que corrobora a tese de que a alteração foi discreta exatamente porque poderia ser polêmica.

41 US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill*. 111Th Congress. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em 10 dez. 2013. Conforme a alínea b (Apresentação de Relatórios) da Seção 1471 (Retenção de Pagamentos às Instituições Financeiras), os requerimentos da subseção são atendidos com relação a qualquer instituição financeira estrangeira que mantenha um acordo em vigor, ou seja PFFI – Participating Foreign Financial Institutions.

42 CASELLA, Paulo Borba. Pax Perpetua – A review of the concept from the perspective of economic integration. (coord) In: *Dimensão Internacional do Direito*. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, p. 86-87.

No contexto de mundo globalizado, mais econômico do que político, os Estados não podem negar que eles perdem sua posição com maior velocidade e devem adequar níveis adequados de liberdade e controle, flexibilidade e planejamento para tentar reverter suas perdas de controle e gestão. A despeito das regras jurídicas nacionais, o mundo urge por regulações em vários campos. Forma-se, em face disso, “*world wide frameworks*”, nas palavras de Casella.⁴³

Foi esta a justificativa dos governos dos Estados Unidos, França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido publicarem uma Declaração Conjunta⁴⁴ que prevê a adoção de uma abordagem comum para a aplicação do F.A.T.C.A. por intermédio de sistemas automáticos de troca de informações. O documento prevê que os E.U.A. têm intenção de anuir com a reciprocidade aos países, colaborando com a coleta e o intercâmbio automáticos de informações sobre contas mantidas em instituições financeiras dos EUA por residentes de cada um dos países signatários da declaração, o que fortalece a ideia de que haveria um regime F.A.T.C.A. internacional.

2.1 Os Modelos de Trocas de Informações – FATCA, OCDE e UE

A cooperação internacional entre Estados soberanos para fins fiscais não é nova, há um arsenal de acordos internacionais negociados para tutelar um sistema de intercâmbio de informações, desde que a colaboração não contrarie os limites soberanos do território nacional.

No entanto, a despeito da previsão de cláusulas referentes às trocas de informações para fins tributários já figurarem em dezenas de convenções destinadas a evitar a dupla tributação de renda, muitas delas existentes há mais de 30 anos, havia um descompasso entre a realidade e o conteúdo jurídico acordado entre os Estados⁴⁵, bem como há relevantes diferenças

43 Ibidem, p. 86-87

44 US DEPARTMENT OF TREASURY. *Model Intergovernmental Agreement to Improve Tax Compliance and implement FATCA*. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Joint-Communique-Model-Agreement-to-Implement-FATCA-7-25-2012.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2014. Dentre os considerandos, leia-se: “For many years France, Germany, Italy, Spain, the United Kingdom and the United States have been partners in countering offshore tax evasion and improving international tax compliance so that all citizens pay their fair share of taxes due under the law”

45 OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto. In: *Revista da PGFN*, Ano I. N. III, 2012. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/K%2019%20a%20troca%20de%20informacoes.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014. Segundo o autor, “a troca de informações em matéria tributária já estava presente no Modelo de Convenção da O.C.D.E. de 1963. Todavia, somente após o relatório

entre a antiga e a fiscalização contemporânea no que diz respeito a essa matéria.⁴⁶

Nesta subseção, intenciona-se apontar quais são estas diferenças e o que muda com o novo padrão de trocas de informações inspirado no F.A.T.C.A., para fins de funcionamento do sistema: i) utilização de instituições financeiras como intermediárias essenciais e ii) encaminhamento automático de informações, sem previsão de autorização de qualquer autoridade judicial ou administrativa local.

Um alerta deve ser feito, no entanto. O dever de cooperar, oriundo de fontes costumeiras no Direito Internacional, ainda é visto sobre o prisma do voluntarismo, no qual o Estado só molda um comportamento de cooperação nos termos dos tratados firmados. É assim que ocorre no plano dos Acordos de Cooperação para Fins Penais ou Tributários, condicionados ao amparo de inexorável promessa de reciprocidade⁴⁷

Os pleitos são encaminhados para uma autoridade central, que intermediará as remessas às respectivas autoridades nacionais, utilizando-se muitas vezes da judicialização, caso tenha que se limitar algum direito fundamental, como o sigilo de correspondência, dados, bancário, recuperação de ativos etc.⁴⁸ Não se trata, portanto, de um sistema no qual haja uma autoridade central intermediando pedidos formalizados e se, necessário, judicializados.

da O.C.D.E. de 1998 é que essa prática ganhou maior notoriedade e espaço nas discussões tributárias. Ademais, em virtude da crescente pressão da O.C.D.E. e do G-20 para aumentar e/ou evitar a perda de arrecadação tributária dos países desenvolvidos, essa matéria foi objeto de acordos específicos firmados entre os países, também denominados de Acordos de Troca de Informações em Matéria Tributária”.

- 46 GRECO, Marco Aurélio. Troca internacional de informações fiscais. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 153-165. O autor identifica alguns critérios diferenciais entre os métodos e objetos da fiscalização antiga e a contemporânea (objeto da informação, de quem obter a informação, momento da obtenção da informação, foco da informação, quem busca a informação, como obter as informações complexidade, sujeito da informação, complexidade e onde está a informação, direito do contribuinte, direitos fundamentais etc.)
- 47 CASELLA, Paulo Borba; e SANCHEZ, R. E. (coords). *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 48 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Processuais na Cooperação Internacional em matéria penal. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA; José Roberto Franco da. (coord.) *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel. São Paulo: Ltr, 1998, p. 834.

Não é exatamente o mesmo modelo tratado sob o ponto de vista da cooperação judiciária, para recuperação de bens e ativos. Até porque neste modelo, há órgãos judiciários de ambos os lados e um intermediador entre elas, na figura de uma “autoridade central que examina os pedidos e exerce sobre eles um juízo de admissibilidade. Diferentemente, como já se afirmou, as trocas de informações serão padronizadas de forma automática e sem um prévio processo ou procedimento anterior.

O enfoque deste estudo é diferente, portanto, já que, embora o Acordo que implementará o FATCA reconheça as dificuldades operacionais e jurídicas da tratativa, incluindo-se os riscos expostos às instituições financeiras e previsão da figura do *Limited Foreign Financial Institution (Limited FFI)*⁴⁹, as regras de sigilo terão que ser adaptadas internamente para adesão completa e sem riscos de questionamentos futuros. E isso ocorre de forma padronizada na maioria dos países, pela adesão a modelos que constituem verdadeiros regimes de trocas de informações tributárias.

Este enfoque é o enfoque da governança global ou governação, que considera a interdependência mútua entre os Estados nacionais com estreita aproximação entre os governos na tomada de decisões ao nível das relações internacionais e do direito internacional. No plano desta interdependência se manifestava também, a tomada de decisões para inúmeros problemas sociais e econômicos.⁵⁰

O termo Governança Global não é unívoco. Também não há determinação deste contexto a ser expressamente discriminado em convenção ou tratado que reflita uma definição inequívoca, comum e universalmente aceita do termo governança. Existem dois motivos para isso: o primeiro é a origem extra-jurídica do conceito de governança, decorrente de um cenário corporativo que foi transposto para o discurso jurídico; o segundo fator é ligado à origem extra-estatal do conceito jurídico de governança⁵¹.

Diferentemente de conceitos como Estado de Direito e Princípio da legitimidade democrática, o conceito de governança não foi desenhado

49 É uma espécie de prazo de carência para que haja conformidade quanto ao sigilo bancário.

50 HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011. p.

51 BODEAU- LIVINEC, Pierre. *Direito administrativo global e a organização da boa governança*

a partir da teoria geral do Estado para ser transposto com grau de sucesso para a esfera internacional. Ao contrário, a utilização e adesão ao termo partiu de atores, tendo-se, por exemplo as instituições financeiras internacionais, as organizações de integração econômica etc. que subsumiram o conceito sem absorver sua natureza.

Não é particularmente surpreendente que as definições de boa governança podem variar de acordo com os objetivos perseguidos por quem os aplica, utilizando-se do instrumento familiares, sem fundamento em definições decorrentes de fontes de direito internacional, como tratado ou costume.

Para fins deste trabalho, a governação tem o significado de reunir um conjunto de características que delimitam uma forma de administração internacional sem um governo instituído democraticamente, e conforme tem sido enfatizado por vários autores, é pouco provável que venha a existir tal democracia global⁵².

Há duas referências interessantes sobre o acrônimo F.A.T.C.A., que, de forma irônica acabam traduzindo as realidades e intenções que estão por trás de seus objetivos legislativos da norma. Uma delas é a piada norte-americana que se tem referido ao acrônimo como *FAT CAT*⁵³, referindo-se aos cidadãos norte-americanos que sonegam tributos ao desterritorializar sua fonte de renda para outros países e a outra é o GATCA, referindo-se ao Global F.A.T.C.A.⁵⁴, a tendência mundial de copiar o modelo como aquele aplicável a todo o mundo, visando, de fato, acabar com o sigilo bancário como direito, quando este colidir frontalmente com questões fiscais.

As duas referências juntas dão a tônica do movimento internacional pela flexibilização do sigilo bancário sem a anuência do Poder Judiciário local: evitar a evasão fiscal criando um modelo global para alargar os perímetros da fiscalização e arrecadação de tributos.

52 HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.

53 A referência ao FAT CAT é comum em textos jornalísticos. Conferir: FORBES. Disponível em < http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2014/07/10/not-just-fat-cats-hopping-through-F.A.T.C.A.-hoops/?&_suíd=1407936347308022832659841515124>. Acesso em 11 ago 2014.

54 FEBRABAN. *F.A.T.C.A. será copiado por outras nações, diz especialista*. Disponível em < http://www.febraban.org.br/Noticias1.asp?id_texto=1610&id_pagina=154&palavra=>. Acesso em 10 ago 2014.

Para conformar os requisitos de comunicação sob as regras do F.A.T.C.A., especialmente onde as instituições financeiras estrangeiras estejam vinculadas a jurisdições nas quais as leis existentes proíbem esse tipo de reporte, o Tesouro Norte-Americano tem desenvolvido Acordos Intergovernamentais que dependem de cooperação governamental para facilitar o intercâmbio de informações F.A.T.C.A..

Esta abordagem não só aborda impedimentos legais que existem em alguns países estrangeiros, mas também reduz a carga sobre as instituições financeiras e agiliza o processo de comunicação. A abordagem tem sido elogiada pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (O.C.D.E.), o G-8, e muitos outros dentro da comunidade global que consideram efetivamente o F.A.T.C.A. como base para um padrão internacional de troca automática de informação fiscal⁵⁵.

Em uma outra perspectiva, a OCDE, muito além de suas funções enquanto organização internacional, funciona como centro de uma rede transnacional, hipótese que será verificada adiante.

2.1.1 Modelo OCDE - O afastamento da anuência de qualquer autoridade para envio das informações: ponto em comum com o FATCA

A convenção que criou a organização internacional O.C.D.E. estabeleceu no artigo 5º que, na intenção de atingir seus objetivos, ela poderá: tomar decisões que, salvo disposição em contrário, serão consideradas obrigatórias para todos os membros; fazer recomendações aos Membros e celebrar acordos com os membros, não-membros e organizações internacionais. Nos termos da convenção, O secretariado da O.C.D.E. reúne e analisa dados, lidera estudos e, após manifestação das comissões – geralmente técnicas - discute a política a ser aplicada. Uma vez que o Conselho toma decisões, gera recomendações, as quais os governos membros devem implementar.

Entretanto, o trabalho da O.C.D.E. não se baseia somente no monitoramento contínuo dos acontecimentos nos países membros, mas também expande sua atuação para fora da área da O.C.D.E. Embora o Brasil não seja membro da organização⁵⁶, que conta com 34 países

55 IRS. *FAQ General*. Disponível em: <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Frequently-Asked-Questions-FAQs-F.A.T.C.A.--Compliance-Legal>. Acesso em 30 abr 2014.

56 Os membros atuais são: Alemanha, Austrália, Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; Dinamarca; Estônia, Espanha; Estados Unidos;

atualmente, suas recomendações, em uma economia globalizada, tendem a ser observadas, principalmente por países que pertencem a fóruns conexos, como o G-20, grupo do qual o Brasil é membro, ou o G-8, por exemplo.

Esta é uma evidência de que as orientações da organização internacional, embora não sejam mandatórias na abordagem do *hard law*, o são na abordagem *Soft Law*. Portanto, embora o Brasil não seja efetivamente um membro, tem assento em grupos de trabalho e figura como signatário de algumas convenções, destacando-se a Convenção Modelo sobre bitributação e assento no Fórum Global para assuntos fiscais, na condição de membro do G-20⁵⁷.

A preocupação com a transparência fiscal e o sigilo bancário começou a ser tratada com alguma atenção pela O.C.D.E. na década de 90 com um conjunto de estudos setoriais e inquéritos aos países membros. A questão enquadrava-se, então, no combate à corrupção encabeçado pelo Comitê de Assuntos Fiscais.

Os trabalhos do grupo foram alargando-se para incluir temas como o combate à lavagem de dinheiro, o que desembocou em esforços em todo o mundo visando implementar diligências no sentido de identificação de clientes bancários e a consequente tipificação de crimes fiscais pelo descumprimento de deveres de registro, declaração e inclusão de informação falsa junto às Instituições Financeiras⁵⁸.

Em 1996, a O.C.D.E. procedeu estudos visando compreender o fenômeno da concorrência tributária prejudicial e suas distorções. O Comitê de Assuntos Fiscais elaborou um Relatório denominado *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (Concorrência

Finlândia, França; Grécia; Islândia; Irlanda; Itália; Luxemburgo; Holanda; Noruega; Portugal; Suécia; Suíça; Turquia; Reino Unido; Japão; Nova Zelândia; México; República Tcheca; Hungria; Polônia; Coreia do Sul; Eslováquia; Israel e Eslovênia. A União Europeia também participa da O.I. O Brasil ainda não é membro da organização, apesar de ser membro do G-20.

57 O.C.D.E. PROMOTING TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION FOR TAX PURPOSES. *A Background Information Brief* 19 January 2010. p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

58 GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da O.C.D.E. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. 2.ed. revista e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 139-151.

Tributária Prejudicial: uma questão mundial)⁵⁹ e o Conselho da O.C.D.E. o aprovou de forma a recomendar aos Estados que tomassem ações de combate no que diz respeito ao tema. Dentre as recomendações constantes do Relatório, destaca-se a intensificação da cooperação internacional, que deveria envolver não só Estados-membros da O.C.D.E. , mas também os não-membros⁶⁰, visando desenvolver um diálogo mundial, motivo pelo qual foi instalado o Fórum Sobre as Práticas Tributárias Prejudiciais.⁶¹

Nos anos 2000, tais ações ficaram ainda mais concentradas, o que se comprova diante de relatórios endereçados ao G-8 que apontam que, para o problema mundial de evasão fiscal, só poder-se-ia endereçar uma solução global. A partir da declaração dos membros do G-20, decretando a morte do sigilo bancário em meio à crise econômica, a O.C.D.E. afirmou que as questões tributárias estariam no cerne dos contratos sociais dos Estados, destacando-se a transparência na troca de informações fiscais de forma automática, no âmbito da União Europeia e G-20.

Para tal, ainda em 2009, criou-se um quadro jurídico, desenvolveu-se normas técnicas e estabeleceu-se um plano de ação em quatro eixos: i) esforço para que se consiga a concordância de todos os países do mundo em atender o padrão de troca de informações para fins fiscais, incluindo informações sobre movimentação bancária; ii) nova estruturação do Fórum Global de Troca de Informações e Transparência para fins fiscais, incluindo a possibilidade de avaliação de pares para monitorar a implementação de ações no cenário doméstico; iii) adesão de mais de 120 jurisdições à troca de informações fiscais a pedido, com fundamento

59 O.C.D.E. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em: 11 ago 2014. O relatório faz menção à regras de sigilo, apontando que o benefício a tal proteção jurídica evita a efetividade da troca de informações para fins fiscais. In verbis: "Tax havens typically have in place laws or administrative practices under which businesses and individuals can benefit from strict secrecy rules and other protections against scrutiny by tax authorities thereby preventing the effective exchange of information on taxpayers benefiting from the low tax jurisdiction."

60 BORGES, Antônio de Moura Borges. *Considerações sobre o Combate à Concorrência Tributária Internacional Prejudicial*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32834-40734-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

61 OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto. In: *Revista da PGFN*, Ano I. N. III, 2012. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/K%2019%20a%20troca%20de%20informacoes.pdf>>.

em 110 acordos bilaterais assinados⁶²; iv) abertura para adesão, aos demais países, da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, endereçado inicialmente para o Conselho da Europa e membros da O.C.D.E.⁶³.

Até então, dois dispositivos fundamentavam juridicamente a troca de informações para fins fiscais: o artigo 26 da Convenção Modelo sobre Bitributação da O.C.D.E.⁶⁴ e/ou o artigo 6 de modelos de Tratados Bilaterais sobre Bitributação⁶⁵. Em ambos, a troca automática de informações era somente uma das possibilidades possíveis (troca de informações a pedido, espontânea e automática) para viabilizar o intercâmbio.⁶⁶

Discutia-se no âmbito da doutrina brasileira qual seria o alcance do artigo 26 do Tratado Modelo da O.C.D.E. sobre Bitributação⁶⁷, até porque o Brasil manifestou reserva expressa quanto ao dispositivo⁶⁸ (juntamente

62 O.C.D.E. *Promoting transparency and exchange of information for tax purposes*. A Background Information Brief 19 January 2010. p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf>>. Acesso em: 14 ago 2014. O documento dispõe: The standard is now being implemented by countries which were reluctant to commit to it: in 2009 almost 200 TIEAs were signed and 110 double taxation conventions (DTCs) or protocols have been signed or brought up to the standard by countries which were considered not to have substantially implementing the standard on 2 April. Altogether these jurisdictions have now signed almost 250 TIEAs since 2000 with dozens more under negotiation. Note-se que a informação data de 2009.

63 O.C.D.E. *Promoting transparency and exchange of information for tax purposes. A background information brief* 19 January 2010. p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

64 O.C.D.E. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2010*. Disponível em <<http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

65 O.C.D.E. *Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>>. Acesso em: 13 ago.2014.

66 O.C.D.E. *Convenção Sobre Assistência Mútua Administrativa Em Matéria Fiscal*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>>. O artigo 6.º dispõe: “Troca Automática De Informações - Relativamente a determinadas categorias de casos e de acordo com os procedimentos que estabeleçam de comum acordo, duas ou mais Partes procederão automaticamente à troca de informações referidas no Artigo 4.º (g.n.)

67 A este respeito, conferir: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Aviso de Incêndio. Sigilo Fiscal e Restrições do Brasil ao art. 26 da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal*: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. 2.ed. revista ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 366.

68 Em tradução livre, eis, no que importa, do texto do dispositivo: ARTIGO 26 TROCA DE INFORMAÇÕES – “ 1- As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações relevantes para a realização das disposições da presente Convenção ou de administração

com os Estados de Andorra, Chile, Costa Rica, Filipinas, Liechtenstein, Malásia, Mônaco, Tailândia e Uruguai, alegando que tal não estava em conformidade com o sigilo bancário protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Recentemente, no entanto, as reservas formuladas ao modelo foram afastadas por todos os Estados indicados, indicando a orientação convergente desejada pela O.C.D.E.⁶⁹.

Mais recentemente, em 2013, o G-20 endossou o intercâmbio automático das informações, estabelecendo um novo padrão inspirado na legislação F.A.T.C.A.. Entre as principais premissas para o sucesso de um regime internacional de troca automática de informações eficaz estão: i) um padrão comum na divulgação de informações (reporte); ii) padrão de *due diligence*; iii) adoção de mesma base legal; iii) adoção de mesma base operacional entre as partes interessadas.

A eficácia de tais determinações decorre do crescente grau de procedimentalização a nível global, de forma que a cooperação pode assumir diferentes formas: em alguns casos, como os governos não participam diretamente nos órgãos de administração das instituições, mas eles nomeiam delegados para cada área continental. Em outros casos, os Estados são membros da associação; em outros ainda, há uma Comissão específica Consultivo Governamental reúne representantes de cada governo⁷⁰.

Para o G-20 tem relevância a análise da adoção de um quadro jurídico padronizado, nos moldes preconizados, mais especificamente afastando a anuência de qualquer autoridade para encaminhamento de informações bancárias. Com o F.A.T.C.A., inaugurou-se um padrão de acesso direto a informações – ao lado do anterior padrão indireto no qual a entidade necessitava de autorização do correntista ou qualquer outra

ou aplicação das leis nacionais relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação imposta em nome dos Estados Contratantes, ou das suas subdivisões políticas ou autoridades locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à Convenção. [...] Em nenhum caso as disposições do parágrafo 3 serão interpretadas de forma a permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque a informação é mantida por um banco, outra instituição financeira, pessoa designada ou atuando em uma agência ou de fiduciário, ou porque que se refere à participação no capital de uma pessoa.

69 SENADO FEDERAL. *Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional sobre o Projeto de Decreto Legislativo n 30 de 2010 (PL n 413/2007, na origem)*. Relatoria do Senador Jorge Viana (PT/AC).

70 CASINI, Lorenzo. “*Down the Rabbit Hole: The Projection of the Public/Private Distinction Beyond the State*” NYU Jean Monnet Working Paper No. 8/2013 .

autoridade judicial ou administrativa - o que é considerado como um fator-chave de sucesso para um modelo eficaz de troca de informações⁷¹.

Com efeito, o modelo do tratado da O.C.D.E. declara não ser desejável que qualquer necessidade de autorização prévia do Estado dificulte a troca de informações, ainda que se tratem de informações que tem proteção jurídica em território nacional da parte aderente à Convenção Modelo.

Em 29/10/2014, os membros da OCDE e o G-20 encontraram-se em Berlim, onde juntaram-se também a não-membros e países em desenvolvimento, no total de 153 países⁷² e 14 Organizações Internacionais, para a 7ª Reunião do Fórum Global de Transparência em Trocas de Informações Tributárias. A edição deste ano é a continuação do fórum criado em 2000, para enfrentar os riscos para cumprimento das obrigações fiscais colocados pelos paraísos fiscais.

Em tais reuniões, os processos de consulta, revisão e fiscalização dos padrões é realizado por pares, existindo rodadas específicas para grupos de determinada 'fase' de conformidade. Para incentivar jurisdições a fazer as mudanças necessárias, e para garantir a igualdade de condições, o Fórum Mundial concordou em convidar jurisdições que permanecem bloqueadas por mais de dois anos para solicitar comentários complementares dentro dos próximos seis meses para avaliar se progressos suficientes foram feitos. A classificação de países em *ratings* acaba por promover a inclusão de países ainda não aderentes do modelo.⁷³

Os EUA afirmaram que irá realizar o intercâmbio automático de informação em conformidade com a FATCA em 2015 e entrou em acordos intergovernamentais (AGR) com outras jurisdições para fazê-lo.⁷⁴

71 GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da O.C.D.E. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sígelos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. revista e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 139-151.

72 A maioria das delegações foi representada pelo Alto Escalão, incluindo ministros e chefes de Estado.

73 OECD. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes*. Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

74 OECD. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes*. Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf>>. Acesso em: 04 nov 2014.

2.1.2 Modelo de Tratado da União Europeia: sem ressalvas quanto ao sigilo bancário

Como último elemento, a fim de complementar o regime internacional que está sendo proposto, esta subseção irá abordar o modelo adotado pela União Europeia, mencionando sua evolução normativa, de modo a identificar o tratamento do sigilo bancário.

Ainda antes de constituir-se em União Europeia, a Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias nº 799 de dezembro de 1977, já referia-se a assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-membros do mercado comum no domínio dos impostos diretos. Pela interpretação do corpo de considerandos, já verifica-se a preocupação com o combate à evasão fiscal como justificativa para a troca de informações⁷⁵.

No entanto, é também no corpo de considerados da norma que a Diretiva acaba por reconhecer que convém conceder a um Estado-Membro o direito de se recusar a efetuar investigações ou proceder à transmissão de obrigações quando a legislação ou a prática administrativa do Estado-membro é chamado a fornecer informações quando a transmissão seja contrária à ordem pública ou conduza a divulgação de um segredo comercial, industrial ou profissional de um processo comercial ou o Estado, por questões de fato ou de direito não esteja em condições de proceder a transmissão das informações.

Observa-se também, no corpo de disposições normativas, que o artigo 7º prevê que “todas as informações que um Estado-Membro tome conhecimento, em razão da Diretiva são consideradas secretas e só serão divulgadas por intermédio de processo judicial pelas autoridades que acessam e são beneficiárias da informação.

Em outras palavras, existe uma expressa exceção à exigibilidade de demonstração de dados em face da observância nacional de legislação que considerasse o sigilo bancário, em uma época em que as soberanias nacionais ainda eram suficientemente autônomas para adotar o que previa sua legislação interna, tendo as normas oriundas do Conselho um caráter meramente intergovernamental.

75 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Tributário Internacional Contextualizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 128.

Atualmente, esta formatação não existe na União Europeia, já que o Conselho apresenta natureza supranacional, de caráter representativo dos Estados, que a ele delegam poderes para, de forma concertada fazer valer a convergência entre as vontades nacionais com o objetivo de realizar o interesse supranacional, ainda que, por vezes, com sacrifícios dos interesses imediatos de algum ou alguns dos países membros.

Vale lembrar que a tendência em conformar a legislação interna com as Diretivas da União Europeia é um eixo que permite a cooperação ampla e irrestrita para fins fiscais, combate ao terrorismo e à lavagem de dinheiro. Esta premissa é confirmada por alguns precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia, destacando-se como *leading case* a Decisão 2000/642, que teve como escopo intensificar as trocas de informações entre entes financeiros dos Estados-Membros, de forma a fomentar uma cooperação estreita e direta. A Decisão fixa regras comuns aos Estados-Membros no que diz respeito às competências das suas unidades de informação financeira, ao conteúdo dos pedidos de informações e ao alcance das trocas de informações.

Embora os Estados-Membros conservem margem de apreciação na aplicação do mecanismo de cooperação e o artigo 1º da referida decisão prevê expressamente que as unidades de informação financeira cooperarão em conformidade com as suas competências nacionais. No mesmo contexto histórico, destaca-se o viés dado pelo artigo 22 da Diretiva UE 2005/60⁷⁶ que trata da prevenção da utilização do sistema financeiro para fins de branqueamento de capitais.

Mais especificamente sobre questões fiscais, destaca-se que o Tribunal de Justiça tem repetidamente declarado que a “luta contra a evasão e fraude fiscais e a eficácia dos controles fiscais fazem parte

76 No caso *Jyske Bank Gibraltar Ltda v. Espanha*, entendeu-se que o artigo 22 (2) da Diretiva UE 2005/60 deveria ser interpretado no sentido de que “não se opõe à legislação de um Estado-Membro que exige que as instituições de crédito comuniquem as informações exigidas no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo diretamente à unidade de informação financeira desse Estado, quando essas instituições exerçam a sua atividade no território nacional em regime de livre prestação de serviços.” Discutia-se a aplicação de legislação nacional em detrimento da Diretiva, mais especificamente o artigo 5.º da Lei de 2007 relativa ao branqueamento de dinheiro e ao produto de atividades criminosas, que transpunha para a legislação de Gibraltar a Diretiva 2005/60, porém, impondo o respeito ao sigilo bancário. In casu, prevaleceu a liberdade de circulação de capitais e liberdade de estabelecimento do *Jyske Bank Gibraltar Ltda*, instituição de crédito situada em Gibraltar e que opera na Espanha em regime de livre prestação de serviços. Confira-se em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

das razões imperiosas de interesse geral que podem justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais”⁷⁷

No caso ELISA (*Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (Elisa) v. Directeur général des impôts*) e Ministério Público (Processo C-451/05), o Advogado-Geral J. MAZÁK destacou que no passado, em processos semelhantes nos quais Estados-Membros alegaram que a Diretiva era ineficaz em relação a Estados-Membros que praticam o sigilo bancário, o Tribunal de Justiça rejeitou esse argumento.”

Este também é o argumento principal do Caso *W.N. v Staatssecretaris Von Financiën*, no qual a Corte Europeia de Justiça confirmou que qualquer interpretação que traduza ou obstaculize dificuldade à ação fiscal do Estado interessado deve ser descartada. A despeito disso, no âmbito das conclusões do Advogado-Geral Alber (item 6º), a Comissão da União Europeia afirma que se deve interpretar a Diretiva no sentido de que as autoridades que transmitem as informações devem supor que a autoridade competente do outro Estado-Membro não disponha de certas informações, pois nos termos do sétimo considerando da mesma, entende-se possível excluir certas transações financeiras entre dois Estados-Membros efectuadas por intermédio de um terceiro país que se distingue dos dois outros por um sigilo bancário estrito.

No entanto, a fim de dar fim à celeuma, em março deste ano, a Diretiva nº 2014/48/UE alterou a Diretiva nº 2003/48/CE, que operacionaliza o fim do segredo bancário para fins fiscais, fundamentado na abordagem da “transparência” e estabelecendo a troca de informações financeiras de maneira automática.

Este detalhe é de grande relevância, considerando que a dinâmica da troca de informações poderia ocorrer da seguinte forma: mediante pedido, troca automática e troca espontânea. As duas primeiras dependem de algum dos pólos da tratativa para fins de eficácia. No entanto, a regra atual no contexto do F.A.T.C.A. é a troca automática, o que também está sendo observado no modelo da O.C.D.E.

77 Confira-se as conclusões do Advogado-Geral J. MAZÁK, apresentadas em 26 de Abril de 2007 no Processo C-451/05 (*Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (Elisa) v. Directeur général des impôts*) e Ministério Público. A manifestação encontra-se no item 94 do documento. Confira-se em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

3 A INCORPORAÇÃO DO FATCA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Já fora dito que situação global exige do Direito Nacional novas posturas e novas estruturas para lidar com questões que demandam uma padronização. A questão é questionar se a Corte vai recepcionar o que se denomina mutação constitucional, ou seja uma mudança estrutural fática informal por intermédio de meios difusos, partindo-se da premissa de alteração estrutural da norma constitucional, sempre evolutiva.

A influência do Acordo intergovernamental assinado em 23/09/2014 no ordenamento jurídico é patente. Sua influência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, pode tomar três caminhos:

- i) declaração de inconstitucionalidade de quaisquer instrumentos convencionais (TIEA ou IGA) que dispensem prévia autorização judicial e ausência de procedimento fiscal devidamente instaurado, considerando as circunstâncias fixadas nos precedentes da Corte Constitucional;
- ii) declaração de ‘interpretação conforme’ dos instrumentos convencionais para permitir o encaminhamento de informações tão-somente na hipótese de procedimento fiscal instaurado e prévia autorização judicial;
- iii) aderir a uma interpretação inovadora, considerando como fontes de uma eventual mutação constitucional os instrumentos convencionais, o cenário externo, os modelos mundiais de troca de informação tributária para fins fiscais etc., política interna compatível com a política externa; aderência ao posicionamento jurídico dos demais países, em uma internacionalização do direito que padroniza normas no plano doméstico.

Os influxos da esfera internacional são suficientes a caracterizar uma mudança no sentido do texto constitucional?

Sem possibilidade de fornecer um exame de prognose para o caso, deve-se aguardar a decisão dos julgados referentes às ADI 2386 (apensa à ADI 2390 e 2386) e ADI 2389 (apensa à ADI 2406) e do RE

601.314 , com repercussão geral. A depender da data do julgamento, muitos dos julgadores nem mais estarão na ativa para conduzir a decisão.

No entanto, a abertura constitucional para tanto existe e traduz-se na influência da realidade sobre o texto da norma. A atitude de interpretar é conhecer e criar, percebendo o texto através da realidade e condicionando a realidade através do texto. Mais do que um sentido trazido pela norma, ter-se-ia uma norma renovada à luz de uma evolução social, decorrente de um poder constituinte informal ou difuso, presente na vida dos institutos de forma contínua e permanente, constituindo-se um poder de fato, em estado de latência, pronto para ser acionado espontaneamente na vida constitucional dos Estados.⁷⁸

A mutação constitucional decorre da indesejada separação entre a normatividade e a realidade constitucional⁷⁹, e, embora tal fenômeno esteja presente em todo ordenamento jurídico como um todo, sua melhor expressão está na Constituição que encontra seu fundamento na necessidade de estruturar os poderes políticos, conforme exigências e expressões de validade do Estado⁸⁰. Entre os estadunidenses, onde a constituição é rígida, mas aberta e interpretativa, a mutação constitucional é mera decorrência natural da aplicação das normas constitucionais.⁸¹

Este aspecto político da Corte deve condicionar a realidade levando em consideração não só fatos nacionais, mas também cenários e realidades estrangeiras ou internacionais, contribuindo o sistema social – sob o ponto de vista interno e externo – para a interpretação constitucional, mais especificamente, adequando a temática do sigilo às forças sociais internas e externas que se somam para alterar o sentido da norma, reduzindo a esfera de intimidade dos indivíduos, o que soa inevitável em tempos pós-modernos.

78 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 317. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de Mudança na Constituição: Mutações Constitucionais e Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.7.

79 GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984. p. 137.

80 DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998. p. 11.

81 PÁDUA, Antônio Carlos Torres de Siqueira Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006.159fls. Dissertação. Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, p. 17. DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a soberania estatal não é o único valor para o direito internacional e resulta na coexistência de dois sistemas de decisões complementares: um formal e outro informal. Principalmente na esfera do Direito Internacional Econômico, há definições de padrões internacionais que não são necessariamente vinculantes sob o ponto de vista jurídico tradicional, mas são eficientes na mesma medida.

Neste ambiente em que convivem normas formais estatais e normas privadas advindas de outros agentes, os ordenamentos jurídicos nacionais são remodelados, recebendo influências e interferências advindas desse constante processo de interação da norma nacional e internacional, criando-se um direito padronizado, uniformizado, comum, sendo também frequente perceber que alguns Estados – em pleno desequilíbrio do *Balance Power* – acabam por influenciar ou até impor aos outros agentes – formais ou não – seus padrões de comportamento para a construção normativa de seus países, principalmente pela imposição de normas nacionais com efeitos extraterritoriais.

Neste sentido, tem impacto a incorporação do FATCA ao Brasil, trazendo consequências que podem modificar a concepção do sigilo bancário enquanto direito fundamental reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Acena-se pela possibilidade daquela Corte entender que, em reconhecimento a uma espécie de mutação constitucional, que traduz um movimento de alteração de sentido informal no texto, ter-se-ia a possibilidade de não vincular a prévia autorização judicial para quebra de sigilo bancário com fins fiscais.

REFERÊNCIAS

BAKER, Mary Burke. The Tin Can Buried in the Backyard: How Revised FBAR and New FATCA Information Reporting Rules May Stage a Comeback. *Benefits Law Journal*, Spring 2012, v. 25, Issue 1.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo, 34, 2010.

BORGES, Antônio de Moura. *Considerações sobre o Combate à Concorrência Tributária Internacional Prejudicial*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32834-40734-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de Mudança na Constituição: Mutações Constitucionais e Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

CASELLA, Paulo Borba. Pax Perpetua – A review of the concept from the perspective of economic integration. (coord) In: *Dimensão Internacional do Direito*. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, 2008.

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, R. E. (cooods). *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASINI, Lorenzo. “Down the Rabbit Hole: The Projection of the Public/Private Distinction Beyond the State” *NYU Jean Monnet Working Paper No. 8/2013*.

CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo Bancário e Fisco: liberdade ou igualdade?* Curitiba: Juruá, 2005.

DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues. *Globalização e Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.

FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal à luz da LC nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Aviso de Incêndio. Sigilo Fiscal e Restrições do Brasil ao art. 26 da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. revista e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GRECO, Marco Aurélio. Troca internacional de informações fiscais. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Processuais na Cooperação Internacional em matéria penal. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. (coord.) *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*. Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel. São Paulo: Ltr, 1998.

GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da O.C.D.E. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. revista e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RECEBIDO EM: 17/08/2015

APROVADO EM: 14/12/2015

DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO RE 631.240

*FROM THE JUDICIALIZATION TO THE JUDICIAL ACTIVISM IN
THE SOCIAL SECURITY LAW: HERMENEUTIC APPROACH OF
LEADING CASE RE 631.240*

Daniel Diniz Gonçalves

Procurador Federal

Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania

pela Universidade de Ribeirão Preto

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contextualização da Gênese Próxima da Judicialização no Brasil; 1.1 Judicialização e Discussão do Papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito; 2 Um Judiciário Procedimentalista em Matéria Previdenciária; 3 Um Judiciário Substancialista em Matéria Previdenciária; 3.1 Origem da Doutrina da Desnecessidade do Prévio Requerimento Administrativo; 4 Na prática, Um Ativismo Judicial em Matéria Previdenciária?; 4.1 Reações ao Ativismo; 5 O Entendimento do Supremo Tribunal Federal: Somos, em terrae brasilis, procedimentalistas, substancialistas ou ativistas?; 6 Conclusão: Pelo que Clama o Estado Democrático de Direito Brasileiro?; Referências.

RESUMO: O presente artigo propõe-se a analisar a atual relação entre o Direito e a Política no âmbito do Direito Previdenciário. Tal análise será feita através do estudo das discussões jurídicas que culminaram com o RE 631.240, que cuida da (des)necessidade do prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias. Para a boa compreensão da questão proposta, exporemos primeiramente o fenômeno da judicialização, que consagra o Judiciário como novo campo de discussão política. Na sequência, traremos à baila os aportes teóricos que buscam disciplinar essa nova relação do Direito com a Política, procedimentalismo e substancialismo, além do ativismo. Ainda, estudaremos a presença de tais aportes teóricos no estudo de caso proposto. Finalmente, apresentaremos uma conclusão acerca de qual modelo de relação entre Direito e Política reclama o Estado democrático Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Procedimentalismo. Substancialismo. Ativismo. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This article aims to analyze the current relationship between the Law and the Politics under the Social Security Law. Such an analysis will be done by studying the legal discussions that led to the RE 631.240, which takes care of the (un)need for prior administrative requirement in social security judicial actions. For good understanding of the proposal, first we will expose the phenomenon of judicialization, which enshrines the judiciary as a new political discussion field. Following, we will bring to the fore the theoretical contributions that seek to discipline this new relationship between Law and Politics, which are Proceduralism and Substantialism, beyond an analysis of the judicial activism. Still, we will study the presence of such theoretical contributions in the study of leading case (RE 631.240). Finally, we will present a conclusion about which relationship model between Law and Politics claims the Brazilian democratic state .

KEYWORDS: Judicialization. Proceduralism. Substantialism. Activism. Rule of Law.

INTRODUÇÃO

A política e as relações sociais, de forma bem perceptível, têm sido levadas ao Judiciário. Essa judicialização da sociedade moderna, segundo VIANNA, tem raízes no constitucionalismo moderno¹, caracterizado pelo dirigismo constitucional do Estado do Bem Estar Social, que outorgou aos cidadãos uma extensa gama de direitos sociais², eminentemente prestacionais, os quais não seriam cumpridos pelo governo.

Os direitos sociais, como é o caso dos direitos previdenciários, demandam um tipo de legislação específica para sua concretização³, legislação essa que tem que se adequar ao caráter complexo e polifacético da vida; daí a impossibilidade de o legislador prever todas as situações de aplicação material da lei.

Tais lacunas precipitam a transformação do Judiciário em um “legislador implícito”.⁴ O Judiciário, pelo manejo de princípios, que são normas com uma flexibilidade normativa maior, assume o papel de inserção da realidade dentro do texto legal. O crescente número de ações, objetivando uma intervenção judicial que preencha as lacunas legais, traduz um novo papel que se apresenta ao Judiciário em *terrae brasillis*.

A fim de solucionar esse problema crônico de pretensas lacunas legais, o Judiciário tem se posicionado com a adoção de “interpretações conforme a Constituição”⁵ que, na prática, implicam a possibilidade de o Judiciário legislar, materializando condições para a efetiva fruição do direito judicializado.

1 WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil. In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

2 Segundo VIANNA, “além de o governo se fazer de regulador em geral da economia, visando imprimir um prévio sentido às suas variáveis-chave, cabia-lhe, igualmente, a administração do social, desenvolvendo programas de emprego de mão-de-obra, políticas de assistência familiar, projetos habitacionais, programas de saúde, etc, matérias que, em sua totalidade, dependiam da edição de lei de alcance específico.” VER WERNECK VIANNA, *Ibidem*, p. 17.

3 Vide Leis 8212 e 8213, de 1991, que estipulam o plano de custeio e de benefícios da previdência social.

4 WERNECK VIANNA, *op. cit.*, p. 21.

5 A interpretação conforme a Constituição é um método hermenêutico e de controle de constitucionalidade, que tem como objetivo garantir a compatibilidade da lei (sentido estrito) ao bloco de constitucionalidade, devendo ser utilizada para conferir à lei um sentido que a ele melhor se harmonize, dentre outros sentidos possíveis.

RUI ROSADO chama-nos a atenção para o fato de que “a incapacidade do Estado em regular, pela via formal da lei, as multifacetadas relações sociais, termina por colocar nas mãos do juiz o encargo de fazer a adaptação da ordem jurídica ao mundo real”⁶. Esse seria, de fato, o conceito de judicialização da política e das relações sociais, como fenômeno inexorável e contingencial, advindo mesmo da impossibilidade (ou incompetência) do legislador criar leis que se adaptem à complexidade social.

Em sentido similar, já tivemos a oportunidade de assinalar que a judicialização é uma tendência fenomênica social típica das democracias de massa, e decorrem de conjunturas político-sociais, passíveis de perfilhamento⁷. Todavia, para nossa proposta, o tratamento adequado da questão passa pela necessária diferenciação entre os fenômenos da judicialização e do ativismo que, no mais das vezes, são articulados como faces de uma mesma moeda. No presente artigo pretendemos esclarecer essas questões tomando como “laboratório” uma questão concreta.

Com efeito, na seara previdenciária, a judicialização alcançou tal magnitude, que muitos operadores do Direito, apesar de não registrarem o protesto formalmente, reputam que a Justiça Federal, notadamente os Juizados Especiais Federais, convolou-se em “balcão de negócios do INSS”⁸, na medida em que milhões de segurados preferem deduzir ações no Judiciário a procurar a autarquia previdenciária para nela formular diretamente seus pleitos.

Exemplar do fenômeno da judicialização projetado sobre a política pública de seguridade social é a grande discussão envolvendo a comprovação de interesse processual nas ações previdenciárias, mediante o prévio requerimento administrativo do autor junto ao INSS.

6 “[...] precisamos de juízes que tenham condições de compreender a complexidade de sua ação, de perceber que o direito tem suas raízes submersas em valores históricos, de olhar para a causa das causas que lhe são submetidas, de se preocupar com as circunstâncias preexistentes que determinaram o surgimento do litígio, de apreender as razões que amparam as pretensões das partes, de viver a realidade presente e de refletir sobre as conseqüências concretas de seu julgamento.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais*. Artigo baseado no texto básico da palestra proferida na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, por ocasião da solenidade comemorativa dos seus 25 anos, em Porto Alegre, no dia 17 nov. 2005.)

7 TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Notas para uma necessária diferenciação*. In: Antônio Pereira Gaió Júnior; Márcio Gil Tostes dos Santos. (Org.). *Constituição Brasileira de 1988- Reflexões em Comemoração ao seu 25o Aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-92.

8 Vide voto do Ministro Barroso no 632.240.

Por outras palavras, a questão da necessidade, ou não, de o autor, previamente ao ajuizamento de uma ação previdenciária, comprovar que compareceu às agências do INSS para protocolizar um pedido de obtenção de benefício e, posteriormente, tal pedido lhe foi negado pela autarquia, ou não lhe foi respondido em tempo hábil, redundaria em saber se, não havendo o prévio requerimento, poderá o Judiciário prolatar uma decisão que concretiza o direito social previdenciário em questão (para efeitos deste estudo, poderíamos desde logo perguntar: postura substancialista ou ativismo?) ou deverá apenas observar se os procedimentos legais previstos para a fruição de tal direito foram observados, tanto no ato administrativo impugnado, como em sua impugnação judicial (procedimentalismo), o que redundaria em extinção da ação, sem análise do mérito e, pois, na não realização do direito.

As discussões envolvendo o assunto da judicialização traduzem uma discussão mais ampla que se trava acerca do papel do Judiciário no moderno Estado (Democrático)⁹ de Direito. Seria o poder Judiciário:

- 1) controlador de procedimentos democraticamente previstos para a produção de direitos (procedimentalismo),
- 2) realizador material de direitos – dentro das balizas legais e constitucionais - (substancialismo) ou
- 3) novo protagonista político da produção (atentar para o “político” e para o “produção”) de direitos (ativismo)?

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 631.240, que cuidou da questão acerca da necessidade do prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias, aparentemente adotou uma das três posições (ou de maneira preponderante, uma delas).

Neste texto, dividimos a análise em 5 eixos de exposição, ordenados com propósitos pedagógicos e de coesão.

Primeiramente, iremos contextualizar a origem próxima do fenômeno da judicialização do Brasil, procurando relacioná-lo diretamente

9 Colocamos o vocábulo “democrático” entre parênteses, porque só poderá ser utilizado para qualificar a construção teórica institucional de “Estado de Direito” quando, ao cabo desse artigo, pudermos dividir um papel para o Judiciário que se coadune com a acepção forte da palavra – democracia enquanto realização de direitos conforme balizas constitucionais.

com a discussão previdenciária do prévio requerimento administrativo, em regime de repercussão geral no RE RE 631.240 (eixo de exposição 1).

Na sequência, a judicialização da política e das relações sociais, que implicam uma nova relação (ou uma releitura da relação) entre a Política e o Direito, será abordada em duas (ou três¹⁰) vertentes teóricas, que se caracterizam por diferentes posturas do Judiciário defronte à análise de cumprimento dos direitos fundamentais: uma postura procedimental (eixo de exposição 2), uma realizadora (eixo de exposição 3) e uma protagonista política (eixo de exposição 4).

Após assoalhas as vertentes teóricas que analisam a nova postura do Direito diante da Política, intentaremos uma filtragem da decisão paradigma (estudo de caso) trazida à baila no presente artigo, prolatada pelo STF (RE 631.240), a fim de nela identificar a preferência por uma das 3 correntes (eixo de exposição 5).

Finalmente, mister que apresentemos uma conclusão que ensanche uma análise crítica da postura que o Estado (Democrático) de Direito, conformado na Constituição Política Brasileira, deve exigir dos Poderes da República, máxime do Judiciário.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA GÊNESE PRÓXIMA DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

Assevera VIANNA¹¹ que, malgrado o “partido de mercado” (alusão ao partido de viés neoliberal) tenha sido vitorioso nas eleições de 1989, tal vitória não implicou grandes mudanças no cenário político. Isso se dá porque, com a morte de Tancredo Neves, e a posse do vice, José Sarney, os militares que cancelaram a assunção do cargo não se desvincularam do comando político brasileiro, inclusive mantendo cargos de alto-escalão. Neste diapasão, a vitória dos liberais não implicou uma mudança drástica na instituição do regime político no Brasil.

Além disso, como afirma VIANNA, o Executivo reformador não tinha um parlamento que apoiasse suas propostas. Esse dissenso político provocou um uso excessivo das medidas provisórias, instrumentos legiferantes esses que originalmente destinavam-se a situações de necessidade e urgência.

10 Neste ponto em específico, lança-se a seguinte questão: Seria o ativismo uma verdadeira vertente teórica ou um desvirtuamento do substancialismo?

11 WERNECK VIANNA, op. cit., 1999.

Os anos 90 confirmaram a supremacia dos chamados “neoliberais”, que só seriam superados anos mais tarde, com a vitória dos partidos de “raiz operária”¹².

Antes disso, ainda sob a influência do neoliberalismo, a noção de público foi perdendo espaço para a de privado. A nação deu lugar ao indivíduo. Cresceu o uso das medidas provisórias como instrumento de regulação da sociedade, notadamente no âmbito de matérias de natureza econômica¹³.

A necessidade de dar continuidade a estas disposições gera nos governos atuais, especialmente nos que já não contam com o instrumento das medidas provisórias, em sua versão imperial de reedição ilimitada, a característica de presidencialismo de coalizão¹⁴, provocando a união mais improvável de partidos, em “uma cooperação do Executivo com os partidos majoritários representados nos ministérios”¹⁵.

As medidas provisórias são resultado de uma relação política, promíscua e simbiótica, entre Executivo e Legislativo, que negociam com suas competências. O Parlamento, pressionado pelos governos estaduais, utiliza seu poder de dar continuidade às medidas do Executivo como moeda de troca com o governo federal. Percebe-se claramente o fenômeno político denunciado (presidencialismo de coalizão¹⁶) pela aprovação massiva das matérias propostas pelo Executivo no Congresso Nacional em um curto espaço de tempo¹⁷.

12 Os vocábulos “Neoliberais” e “raiz operária” foram colocados entre aspas por traduzir a exposição de VIANNA, e não uma realidade política dicotômica e verificável empiricamente, notadamente porque hodiernamente, nos anos 2010 e seguintes (ou mesmo antes, no primeiro governo Lula), o chamado partido de “raiz popular” vem implementando políticas de privatização, corte de gastos com terceirização de serviços, capitalização de recursos para câmbio flutuante e pagamento de encargos da dívida e corte de benefícios sociais, dentre outras políticas, o que denota um indistigável viés neoliberal.

13 De se consignar que, no mesmo período, também o Legislativo realizou uma super-produção de diplomas legais específicos para os vários assuntos a ele submetidos, o que, aliado ao “decretismo” do Executivo, impulsionou ainda mais o fenômeno típico dos Estados Sociais: a inflação legislativa.

14 WERNECK VIANNA, op. cit., p. 50.

15 Ibidem, p. 50.

16 Termo cunhado por Sérgio Abranches para descrever a fórmula política observado no Brasil para compor maiorias parlamentares aptas a viabilizar a ação do governo, com a aprovação de sua agenda no congresso nacional. Trata-se, em suma, de uma fórmula que explica o modo se estabiliza, num contexto de dispersão partidária, as condições de “governabilidade”. Cf. Abranches, Sérgio, H. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5 a 34, 1988.

17 Ao mesmo tempo em que a concentração de poder na União retira dos estados o poder de autonomia em afronta ao pacto federativo exigindo que os estados sirvam de base de apoio do governo federal.

O uso desmedido das medidas provisórias provoca a corrosão das formas de controle parlamentar do Executivo, cabendo ao Judiciário controlá-lo sozinho. Sobreleva anotar que, na hipótese de uma “coalizão” entre os poderes Executivo e Legislativo, que redundaria na inevitável elaboração descontrolada de legislações em conformidade com o interesse do Executivo da União, a competência fiscal do Judiciário agiganta-se, convolvando-se verdadeiramente em tarefa Hercúlea. Dessarte, recai sobre o Judiciário a responsabilidade do conhecido checks and balances. Mais recentemente, em matéria previdenciária, assistimos a concretização da teorização acima aludida, com a coalizão entre os Poderes Executivo e Legislativo, para aprovação das medidas provisórias 664 e 665¹⁸, de 2014, que aprovaram medidas “impopulares”, porém reputadas necessárias à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. As consequências judiciais da convalidação em Lei de tais medidas provisórias ainda não de ser verificadas.

Com a finalidade de “compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão”¹⁹, o Judiciário acaba por trazer para si o eixo da política, judicializá-la. Nas exatas palavras de VIANNA:

O Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana²⁰.

Já assinalamos alhures²¹ que a judicialização pode ser explicada a partir da confluência de fatores jurídicos e sociológicos que acabam por deslocar para o judiciário uma agenda decisória que pertence, tipicamente, ao Executivo ou ao Legislativo

A primeira conjuntura identificável é o fenômeno da inflação legislativa. As democracias de massas, conformadas por gigantescas estruturas de Estado Social e atreladas às modernas sociedades complexas, pedem por uma ordenação mais capilar da vida social, o que redundaria na espécie

18 Tais medidas alteraram a concessão dos benefícios de pensão por morte, auxílio-doença e seguro-desemprego.

19 WERNECK VIANNA, op. cit., p. 51.

20 Ibidem, p. 53.

21 TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Notas para uma necessária diferenciação. Texto Inédito.

conjuntural ora analisada.²² Em nosso campo de estudo, é bem de se notar a inflação legislativa em matéria previdenciária, com inúmeras e sucessivas alterações, tanto por via embrionária parlamentar, quanto por via de medidas provisórias, introduzidas na lei 8.212/91 e 8.213/91, além de mudanças nos decretos regulatórios (3.048/99) e em instruções normativas do INSS (IN 45 que substituiu a 20). As mudanças acarretadas pela inflação legislativa previdenciária contemplam alterações substanciais no cômputo do valor dos benefícios (art. 29, II, lei 8.213/91, com alterações pela Lei 9.876/99), períodos de carência (art. 25, II, Lei 8.213/91, com alterações dadas pela lei 8.870/94), conceito de segurados da previdência (art. 11, Lei 8213/91, com quase todos os incisos modificados pelas Leis 8.647/93, 9.032/95, 9.506/97, 9.876/99, 11.718/2008 e 12.873/2013), dentre outras mudanças.

Outra conjuntura a ser anotada é o dirigismo constitucional e a consolidação da ideia de força normativa da Constituição, com a consequente regra de vinculação dos direitos fundamentais a todos os poderes constituídos, inclusive o legislativo.²³

Nessa medida, os múltiplos direitos positivos assentados nas modernas Constituições, tidas como instrumentos jurídicos normativos, e que, pois, impõe ao Estado sua concretização através de um proceder positivo, ocasiona a fenomenologia em apreço. Veja-se que os direitos da seguridade social, na especificidade dos direitos previdenciários, impõem ao Estado um séquito infindável de direitos prestacionais, que contemplam exemplificativamente: 1) o pagamento mensal de benefícios (aposentadorias e pensões); 2) reajustamento anual dos mesmos; 3) serviços técnicos como realização de perícias, reabilitação profissional, palestras e visitas assistenciais; 4) serviços burocráticos como fiscalizações de vínculos previdenciários (através de denúncias na ouvidoria), processamento de pedidos de obtenção de benefícios, recursos administrativos e revisões de benefícios, manutenção de extensa rede de agências, postos, sistema recursal com 4 instâncias (revisão pela Agência, recurso às Juntas, recurso

²² Nesse sentido, Cf. GARCIA HERRERA, Miguel Angel. Poder Judicial y Estado social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996, p. 72 e segs. Garcia Herrera afirma ainda que: “la complejidad social y la proliferación de nuevas situaciones y necesidades provocan la obsolescencia de las técnicas jurídicas clásicas y el progresivo avance de la indeterminación y deslizamiento de la decisión. La renuncia a la definición es acompañada por el reconocimiento de la voluntad conformadora de las instancias administrativas, desarrollada en un marco de enunciados generales, principios y cláusulas generales”.

²³ Sobre essa questão, sugerimos a consulta, entre outros, do texto de QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 364-368.

às Câmaras e recurso hierárquico ao ministro da pasta); e 5) representação judicial do Estado em inúmeras demandas²⁴.

Outrossim, razões sociais como o aumento da litigiosidade, desprestígio dos agentes públicos, consagração de um discurso de eficácia dos direitos fundamentais e processo de transformação na semântica política, nela introduzindo vocábulos como imparcialidade, processo, transparência, contraditório e argumentação, propiciam terreno fértil para o desenvolvimento da judicialização. Nesse aspecto, é de suma importância desvelar um imaginário efetivamente presente nos segurados e, posteriormente, jurisdicionados, nos litígios e, posteriormente, lides, por incapacidade (auxílio-doença e invalidez), de que na “Justiça” seus direitos serão discutidos de maneira “mais apropriada”, posto que imparcial, vez que os peritos do “INPS” são tendenciosos e orientados a denegar benefícios²⁵. Tal afirmação já traduz bem o processo de transformação na semântica política.

1.1 Judicialização e Discussão do Papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito

A questão acerca do papel do Direito e do Judiciário no Estado Democrático de Direito assume que o Poder Judiciário integra a arena política de construção e salvaguarda da Democracia e que a Constituição assume protagonismo no Estado Democrático de Direito, enquanto previsão e realização de seus desideratos. Tais assunções nos remetem inexoravelmente à outra questão que contempla a redefinição, o redesenho, da relação entre a Política e o Direito, materializada em uma discussão de hermenêutica jurídica²⁶, voltada para o tipo de atividade que a jurisdição realiza quando interpreta as disposições constitucionais atinentes a direitos fundamentais, notadamente direitos individuais sociais à previdência social.

24 CNJ, em 2011, em seu relatório “A justiça em números”, estima que há 96.000.000 de ações no Brasil, das quais, quase a metade são previdenciárias. Ver CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>.

25 Nesse sentido, Cf. GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 41. Apenas para ilustrar a questão, sem propósitos de análise do mérito do artigo em si, merecendo especial atenção ao termo “indústria de indeferimento”. Consultar: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12920.

26 Sobre essa questão Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Dois aportes teóricos digladiam-se pela preferência dos operadores do Direito: o procedimentalismo e o substancialismo. Uma terceira posição, tida como desvirtuamento institucional do Judiciário (exacerbação do substancialismo ou desvirtuamento do mesmo), também será abordada, a saber, o ativismo. A eles, pois:

2 UM JUDICIÁRIO PROCEDIMENTALISTA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

O apanágio de um Judiciário procedimentalista é não lhe reconhecer um papel concretizador de direitos, reservando-lhe, apenas, um papel de “controle das regras do jogo democrático”²⁷.

Jürgen HABERMAS,²⁸ tido como o principal expoente do procedimentalismo, critica a invasão da política e da sociedade pelo Direito²⁹, na medida em tal invasão desestimula o agir orientado para fins cívicos.

O mecanismo que engendra a invasão da Política pelo Direito é, como se depreende das lições de WERNECK VIANNA³⁰, o controle de constitucionalidade das leis e das políticas públicas como um todo.

Em virtude da dimensão do controle Judiciário de constitucionalidade, propõe HABERMAS que o Tribunal Constitucional deva ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito. Na mesma esteira, não deve o Tribunal Constitucional se convolar em um guardião de uma suposta “ordem suprapositiva de valores substanciais” ou “se arrogar em legislador político”³¹. Nesse diapasão, a longa histórica jurídica brasileira de sacralização do “mérito” do ato administrativo, que seria intangível ao vazo do Poder Judiciário, parece traduzir bem a visão procedimentalista.

Na especial percepção de nosso estudo, ao Direito, através da Corte constitucional, caberia apenas verificar se ao segurado foi franqueado, na seara administrativa, um processo de dedução, defesa, análise e decisão de

27 STREK, op. cit., p. 52.

28 HABERMAS. *Direito e Democracia - entre faticidade e validade*. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 297.

29 *Ibidem*, p. 297 e seguintes do v. I e 123 e seguintes do v. II.

30 VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2014. Vide Parte I.

31 STREK, op. cit., p. 56.

seu interesse (obtenção de pensão, aposentadoria ou revisão dos mesmos), em consonância com os ditames procedimentais constitucionais, ampla defesa, contraditório e devido processo, esse último materializado e densificado por legislações infraconstitucionais.

Se a decisão administrativa (respeitosa aos procedimentos de produção do direito) foi pelo indeferimento do pleito do segurado, não caberia ao Judiciário reanalisar a decisão sob o prisma do mérito³², determinando-se a reconstrução de todo um cenário probatório, com perícias, testemunhas e documentos, para, ao final, substituir a decisão administrativa por uma sentença.

A função preconizada por HABERMAS ao Direito é assegurar as condições necessárias (condições essas materializadas nos procedimentos), a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas jurídicas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição e, com isso, pretende ultrapassar a dicotomia entre os paradigmas do Estado Liberal Burguês e do Estado Social; nessa tarefa, utilizar-se-ia da interpretação da política e do Direito à luz da teoria do discurso³³.

Veja-se que, na linha de HABERMAS, seria preferível que, ao invés de acionar sistematicamente o Judiciário, no caso de discussão de benefícios previdenciários, o segurado intentasse um discurso de convencimento diante da própria autarquia previdenciária, provocando uma reanálise de seu pedido com espeque em provas capazes de convencer o INSS de seu direito – a autarquia participaria ao segurado as provas que compõe os elementos legais e regulamentares de sua convicção (carta de exigências) e o segurado traria as peculiaridades de sua situação traduzidas nessas provas.

32 Tal análise de conteúdo, de substância, de reconhecimento ou não do direito previdenciário, foi feita pelo Executivo, através de sua longa manus autárquica.

33 Uma teoria atinente à filosofia jurídica, que objetiva a promoção da integração social e, como consequência, da democracia e da cidadania, através da obtenção de um consentimento de todos os interessados. Sua maior relevância está em apregoar o fim da arbitrariedade e da coerção nas questões que circundam toda a comunidade, propondo uma maneira de haver uma participação mais ativa e igualitária de todos os cidadãos nos litígios que os envolvem e, concomitantemente, obter a tão almejada justiça. Essa forma defendida por Habermas é o agir comunicativo que se ramifica na ação comunicativa e no discurso. Na ação comunicativa há apenas a presença das pretensões de validade não-problematizadas inerentes aos atos de fala; de outro lado, no discurso há pretensões de validade tornadas problemáticas e que podem ser dirimidas através de um consenso com fulcro na argumentação. Veja-se ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. 352 p.

Em apoplexia à corrente concorrente, GARAPON, magistrado e jusfilósofo francês, aliando sua experiência profissional a suas pesquisas sociológicas, vê no substancialismo um enfraquecimento da democracia representativa³⁴, eis que os cidadãos, ao invés de exercerem sua cidadania diretamente, procurando defender a realização material dos direitos que lhe assistem diretamente no órgão competente, procurarão o intermédio do Judiciário, criando uma cidadania de segunda categoria, sempre mediada.

Se o segurado vislumbra arbitrariedade nas práticas autárquicas de análise de concessão de benefícios, deveria, ao invés de submeter sua cidadania ao intermédio do Judiciário, tentar construir um consenso com o INSS, servindo-se de ampla gama de recursos e possibilidades de prova (procedimentos de construção do direito).

Ainda no intuito de transposição dos escólios procedimentalistas acima para o Direito Previdenciário, cumpre ressaltar, primeiramente, que o objeto das ações previdenciárias não é “a concessão de um benefício”, mas a anulação de um ato administrativo de indeferimento de pedido de concessão de benefício previdenciário, isso é, a invalidação de um ato em desconformidade com a lei, pois só assim se verifica uma lesão a direito³⁵. Isso se dá porque a competência constitucional e, pois, democrática, para manter e conceder benefícios previdenciários, como de resto executar a política pública previdenciária, é do Poder Executivo.

Com efeito, “as regras do jogo” de produção e reconhecimento de direitos previdenciários, que traduzem o devido processo constitucional, estão cristalizadas na lei 8.213/91 (lei de benefícios da Previdência Social), na lei 9.784/99 (lei de processo administrativo no âmbito da administração pública federal) e no próprio Código de Processo Civil. Posto que tais regras estão

34 GARAPON. Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAPON registra sua hipótese de que a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Nesse contexto, a colonização do mundo pelo direito se apresentaria como um sintoma do esvaziamento dos ideais e práticas republicanas, levando o indivíduo de nossas sociedades a procurar no Judiciário um último refúgio, à míngua de corpos sociais intermediários como partidos, vida associativa e familiar. A reversão desse quadro dependeria de uma ciência política, tal como em Tocqueville, que viesse a reanimar as virtudes cívicas e a cooperação social, e nesse momento GARAPON admite uma nova presença do direito nas sociedades atuais: não como substituta da república, e sim como um lugar inscrito nos caminhos da democracia da deliberação, caso seus personagens se orientem, como preconiza Garapon, pela motivação de exercer uma “pedagogia em favor de uma cidadania ativa e de renascimento do ethos republicano”.

35 “Direito” esse que na visão procedimentalista possibilitaria ao Judiciário apenas o analisar como um direito a “regras do jogo” para a produção de direitos previdenciários que são prévias à postulação do segurado e estão em consonância com a constituição.

em consonância com a Constituição da República, devem reger as situações da vida social e da política (de seguridade social), cabendo ao Judiciário tão somente aferir sua efetiva aplicação nos casos que lhe são apresentados.

Vejamus um caso prático, em que o segurado postulou um auxílio-doença ao INSS, e tal pedido foi protocolado, registrado e processado, sendo designada e realizada perícia médica, com a possibilidade de acompanhamento do segurado por médico de sua confiança, no que se assoma a possibilidade de juntar atestados, exames e receituários médicos, mas, mesmo assim, o pedido foi indeferido. O segurado judicializa a questão. O que poderia embasar, sob a ótica processualista, sua demanda? Qual a lesão à direito? A resposta seria a de que não há embasamento, pois o “direito” do segurado a ser analisado judicialmente é entendido sob uma ótica adjetiva, como direito a regras do jogo previamente acertadas e produzidas em consonância com a Constituição. Isso lhe foi garantido pela autarquia e cogitar de uma ação nesse sentido seria convolar o Judiciário, ilegitimamente, em uma instância recursal do INSS.

Isso posto, sem um ato administrativo (formalmente) inválido a ser impugnado judicialmente, ou seja, sem uma suposta lesão às “regras do jogo democrático” para fruição de um dado direito previdenciário, proclamaria o procedimentalismo não haver supedâneo fático e jurídico a uma ação judicial (carência da ação por falta de interesse processual).

No caso específico da (des)necessidade do prévio requerimento administrativo, uma abordagem procedimentalista concluiria que uma ação previdenciária que é deduzida sem a prévia provocação administrativa é inidônea a ensejar a invasão da Política pelo Direito, eis que o próprio segurado/jurisdicionado não obedeceu as regras do jogo para a construção do direito social previdenciário colimado, o que redundaria, nas regras processuais pátrias, na já aludida extinção da ação³⁶, sem análise do mérito, por não preenchimento das condições da ação³⁷, regras constitucionalmente construídas para orientar a produção do direito de ação.

Em arremate, adiantando um pouco a discussão, se o RE 631.240 tivesse se filiado à corrente procedimentalista, deveria, em boa técnica processual, ter

³⁶ Vide Resp 1.310.042, de 15/02/2012.

³⁷ Veja-se que o próprio STF já decidiu que as condições da ação são constitucionais, vide RE 145023/RJ e RE 143580/SP, de sorte que cumpre ao segurado, previamente ao ajuizamento da ação, comprovar que ele observa as regras do jogo para o exercício de seu direito de ação, o que, depois, lhe possibilitará tentar comprovar que a autarquia previdenciária não o fez. Na mesma linha o Bundesverfassungsgericht, BVerfGE, 27, 96, 104 e 220.

cassado (cassado, por ilegais) todas as decisões anteriores que reconheceram aos segurados os direitos previdenciários sem o prévio requerimento, determinando a extinção dos processos, sem análise de mérito, por falta de condição da ação (art. 267, VI, CPC). Todavia, assim não procedeu.

3 UM JUDICIÁRIO SUBSTANCIALISTA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

O substancialismo reconhece o papel concretizador de direitos da Jurisdição e vêem o Judiciário como um lugar privilegiado para o fortalecimento institucional das democracias. O Judiciário pode/deve, então, reconhecer a existência de um direito material, propiciando, através do acesso à Justiça, o acesso aos direitos sociais previstos na Carta Política.

A Constituição é uma construção discursiva de aporte de limites materiais (substanciais) ao direito e à política, estabelecendo, pois, as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto que a constituição é a explicitação do contrato social³⁸. É o constitucionalismo dirigente³⁹ de Canotilho⁴⁰.

Dessarte, o eixo substancialista apregoa que o aporte constitucional substancial ao Direito conduz o Judiciário à realização do direito material que lhe é submetido, através de seu reconhecimento (mais adiante veremos as críticas a um simples reconhecimento formal). Se o Judiciário se cingir a analisar apenas “regras do jogo”, desobedecerá seu compromisso constitucional, nas lides pátrias, de proteger o cidadão contra lesão ou ameaça à direito (art. 5º, XXXV, CRFB). O dirigismo constitucional orienta o Estado à realização (máxima) efetiva dos direitos sociais, à luz da proeminência do discurso de máxima efetividade dos direitos fundamentais, o que não se coaduna com mera análise procedimental.

No especial contexto dos direitos sociais previdenciários, caberia ao Judiciário não apenas uma análise formal, adjetiva, das regras do jogo: além de

38 Lênio Streck trabalha o contrato social a partir de uma perspectiva intersubjetivista, própria do paradigma hermenêutico, em oposição a uma filosofia do sujeito. O homem está inserido em um mundo complexo de significações traduzidos pela linguagem. Quando se afirma que a Constituição é a explicitação do contrato social, quer-se dizer que a mesma é produto de um processo constituinte discursivo - linguagem é o construto dos limites do mundo jurídico-social - STREK, op. cit., p. 57.

39 O ideal de um constitucionalismo dirigente consiste numa construção interpretativa que defende a superação da noção da existência de normas meramente programáticas no texto constitucional, tendo como apanágio o redimensionamento das normas constitucionais, com a assunção da importância dos princípios e da materialidade das mesmas.

40 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

analisar se o cidadão desfrutou, nas lides administrativas autárquicas, de todas as garantias legais oferecidas à dedução, defesa, análise e julgamento de seu interesse (obtenção ou revisão de benefícios previdenciários ou assistenciais) - isto é, se seu pedido foi devida e corretamente protocolizado, se lhe foram franqueadas ampla juntada de documentos, oitiva de testemunhas (justificação administrativa), realização de periciais (médica e de segurança do trabalho) e se a decisão de indeferimento foi motivada, e apresentada em tempo hábil - poderia/deveria o Judiciário, no desiderato pré-compromissário constitucional, refazer provas e perquirir todos os elementos de convicção da decisão administrativa, desfazendo-a e substituindo-a, se for o caso, por uma sentença que reconheça o direito indevidamente negado na seara intestina do INSS. Dessa maneira, a substitutividade da Jurisdição alcança ao próprio Estado, que verá um ato administrativo sindicado na essência, na substância, se necessário for para a realização de um direito.

As teorias substancialistas criticam os fundamentos das teorias procedimentalistas (valores adjetivos ou procedimentais), na medida em que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos, ou seja, cabe indagar o porquê da existência de tais procedimentos, o que teria resposta na existência mesma de valores substantivos a serem protegidos. Além disso, ao afirmarem que o procedimento é algo em si mesmo valioso, os procedimentalistas acabam por confirmar que a Constituição é substantiva - a mera existência de cláusulas pétreas⁴¹, por exemplo, é a firmação do procedimento como valor substantivo.

Criticam os substancialistas que as teorias procedimentalistas que entendem a Constituição apenas como um procedimento, ou guardião de procedimentos, provocam um empobrecimento da teoria constitucional, notadamente no caso da defesa das minorias, sem representação política nos órgãos políticos estatais. Uma legislação que discrimina qualquer grupo de pessoas será rechaçada com espreque em uma análise substantiva, a saber, a de que a ideia discriminatória está "substantivamente" deslocada da Constituição - tal análise não poderia ser feita sob uma perspectiva puramente procedimental.

Na esteira do exposto, situando o problema na esfera do direito previdenciário, teríamos que o procedimentalismo geraria um déficit de direitos fundamentais para os idosos (minorias previdenciária mais notável) que, sem um reforço argumentativo de afirmação de direitos fundamentais à previdência social, poderiam ficar à margem da proteção estatal.

41 Art. 60, §4º, CRFB/88.

Volvendo nossa atenção ao caso do prévio requerimento administrativo, cumpre asseverar que a tese de (des)necessidade de prévio requerimento administrativo é essencialmente principiológica e axiológica, calcando-se no compromisso constitucional encartado no art. 5º, XXXV, CRFB/88, que confere a todos os sujeitos de direito, pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, a garantia de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito ou até mesmo a expectativa de direito e consagra o princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário e o Direito de Ação.

Após a provocação do Estado-Juiz, ficam os órgãos oficiais adstritos ao dever de oferecer a prestação jurisdicional.

Sob um viés substancialista, o mérito, a essência, a substância do ato administrativo denegatório de um benefício previdenciário poderia ser objeto de análise judicial, inclusive com reconstrução e releitura conclusiva das provas da convicção administrativa da autarquia previdenciária; todavia, isso não autorizaria entender o prévio ingresso administrativo (ou as condições da ação) como óbice à proteção estatal.

O procedimento de postulação de direitos na autarquia previdenciária, plasmado nas leis 8.213/91 e 9.784/99 (e no próprio CPC, também), foi gizado em perfeita consonância formal (na normogênese) e substancial (de valores) com a Constituição da República, o que denota, a um só tempo, o compasso axiológico e adjetivo dessas leis com a gama de princípios que orienta o Estado Democrático⁴² de Direito. Nessa esteira, repisando os escólios de LÊNIO STRECK, tais leis são democráticas e, pois, devem ser seguidas e “cumprir a letra da lei é um avanço considerável”⁴³.

Isso posto, um substancialismo deve ser pensado nos limites da constituição e das leis que lhe imprimem maior densidade normativa, sob pena de subversão do Estado Democrático de Direito. Em um substancialismo democrático e legal, a relação entre Direito e Política é disciplinada pela Constituição. Isso posto, o papel concretizador de direitos fundamentais do Judiciário (nele incluídos os previdenciários), se não pode ser negligenciado⁴⁴, deve ser lido à luz de uma disposição constitucional de primeiro cometer a realização de tais direitos ao Executivo.

42 Democrático, dessa vez, sem os parênteses, pois uma ação substancialista em consonância com as balizas constitucionais se nos apresenta como democrático.

43 STRECK, op. cit., p. 49.

44 Estamos certos de que o déficit de direitos sociais que se verifica nos países de “modernidade tardia” ou de “capitalismo periférico”, em afronta aos pré-compromissos constitucionais travados em uma Carta Política que se apresenta como normativamente vinculante do Direito e da Política, não recomenda uma

O que queremos asseverar é que a posição substancialista não autoriza a defesa de ativismos judiciais, a pretexto de concretizar direitos fundamentais. Repisamos: a concretização de direitos fundamentais só se apresenta como “concretização”, ou concretização legítima, na medida em que se encontra adequada à Constituição, procedimental e substancialmente, não podendo ser fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais.

Dessa sorte, o substantivismo judicial (reconhecimento e confecção de condições de efetiva fruição de direitos realizados por intermédio pelo Judiciário) só estaria autorizado quando as instâncias políticas tradicionais, o Executivo e o Legislativo, falharem em realizar os compromissos constitucionais⁴⁵. O Judiciário, pois, em uma perspectiva democrática, deve ser um fiador dos demais Poderes da República.

Isso posto, nem procedimentalismo, nem substancialismo, autorizariam um entendimento acerca da desnecessidade de prévio requerimento administrativo, enquanto condição da ação que consubstancia o interesse processual.

3.1 Origem da Doutrina da Desnecessidade do Prévio Requerimento Administrativo

Poder-se-ia cogitar de substancialismo e, também de procedimentalismo, e aceitar a provocação direta do Judiciário sem o prévio requerimento administrativo na autarquia *se, e somente se*, a mesma se negasse a protocolar e processar o pedido do segurado, vez que, nesse caso, se veria um duplo descompasso da posição do INSS com o pacto constitucional: um procedimental, ao não respeitar as regras do jogo democrático para dedução, comprovação, análise e julgamento (produção) de um direito na lide administrativa, e um substancial, ao negar o direito social previdenciário em si a quem dele poderia fazer jus, se não fosse pela recusa indevida do protocolo.

É de se registrar que a farta jurisprudência que ampara a desnecessidade do prévio requerimento administrativo e que culminou

postura meramente procedimentalista do Direito; todavia, ao se cogitar de um papel concretizador do mesmo (substancialismo), deve-se ter em mente que tal papel deve ser exercido nos estritos limites das balizas constitucionais vinculantes, pois não se pode conceber a realização de qualquer direito à margem de sua fonte primária de legitimidade, a Constituição.

45 REsp 1.105.773/RS, de 06/10/2009.

na atual orientação do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, foi construída em uma conjuntura, há algum tempo superada, em que o INSS realmente não fazia o protocolo de todos os pedidos administrativos⁴⁷, caso verificasse que o segurado sequer possuía um mínimo de documentos.

Hodiernamente, é bem de se ver que a autarquia previdenciária, mesmo por força de minuciosas orientações internas⁴⁸, não se recusa a fazer protocolos de quaisquer pedidos, mesmo daqueles sem amparo documental, para isso sendo expedidas cartas de exigências.

Assim sendo, dadas as novas conjunturas institucionais do INSS, com proibição de se negar protocolos, ampliação do quadro de servidores e interiorização de agência e postos de atendimento, concluímos que a manutenção, pelo Judiciário, de um entendimento pela desnecessidade de prévio requerimento não se filia à corrente substancialista e, muito menos, à procedimentalista.

A constatação acima, com efeito, precipita uma nova questão: tal prática judiciária de se reconhecer a desnecessidade de prévio requerimento administrativo, mesmo à luz da nova posição institucional do INSS, caracteriza-se como democrática?

4 NA PRÁTICA, UM ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA?

Judicialização das políticas públicas, notadamente em seu eixo substancialista, e ativismo judicial são fenômenos distintos.

O ativismo relaciona-se embrionariamente com um ato de vontade do órgão judicante, enquanto a judicialização da política e da vida social não dependem de ato volitivo do julgador, sendo decorrência da expansão da sociedade e crise da democracia, com sintomas visíveis na inflação legislativa.

A judicialização é um fenômeno político, enquanto o ativismo é uma questão interpretativa.

A judicialização legitima o Poder Judiciário perante a sociedade, enquanto o ativismo o deslegitima, na medida em que compromete

46 Resp 1.129.201, de 02/02/2010.

47 Vide novamente REsp 1.105.773/RS, de 06/10/2009.

48 IN 45 de 2010, especialmente artigos 572 e 576.

sobrevivência democrática das instituições, com a indevida invasão das esferas políticas tradicionais, Legislativo e Executivo, pelo Judiciário.

“O ativismo começa quando, entre várias situações possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”⁴⁹ é a conceituação de GARAPON a respeito do ativismo.

Assim sendo, a ideia de ativismo relaciona-se embrionariamente à noção de desejo do órgão judiciário. O ativismo está relacionado com a vontade do órgão judicante, vontade essa manifestada durante um exercício exegético em que tal vontade é determinante para a escolha de uma solução legal pelo juiz; lado outro, vê-se que a judicialização em nada se relaciona com o aspecto volitivo, sendo um fenômeno social, verdadeira conjuntura construída à revelia do juiz, de caráter contingencial, que se exacerba ou se apequena diante do contexto de legitimação do Poder Político.

LENIO STREK preleciona que o ativismo judicial é um problema da vontade do intérprete⁵⁰, no momento de concreção da norma.

Isso posto, na ordem de análise do “fenômeno” do ativismo no direito previdenciário, especificamente na análise da (des)necessidade de prévio requerimento administrativo, deparamo-nos com ostensivo ato de vontade do julgador. Senão, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO PLEITEANDO A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

I. A ausência de prévio pedido administrativo não implica carência da ação, por falta de interesse de agir, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

II. Conforme as palavras do Ilustre Ministro Edson Vidigal, “*não seria justo impor ao segurado a obrigação de dirigir-se ao estado-administrador, sabidamente pródigo no indeferimento dos pedidos que lhes são encaminhados,*

49 GARAPON, op. cit., p. 54.

50 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

apenas como uma exigência formal para ver sua pretensão apreciada pelo Estado-Juiz”.

III. Deve ser mantida a r. decisão agravada, que determinou o retorno dos autos à Vara de origem para que seja dado regular prosseguimento ao feito.

IV. Agravo a que se nega provimento.”[13] (sem destaques no original).⁵¹ (realçamos)

Sobreleva anotar a dicção da fundamentação do aresto que, fazendo alusão a argumento de autoridade de Ministro, e não à autoridade do argumento⁵², deduz que “não seria justo impor ao segurado a obrigação de dirigir-se ao estado-administrador, sabidamente pródigo no indeferimento dos pedidos que lhes são encaminhados, apenas como uma exigência formal para ver sua pretensão apreciada pelo Estado-Juiz”: ou seja, dentre as possibilidades interpretativas possíveis para a situação da exigência do prévio requerimento, preferiu o julgador entendê-la não como uma regra processual, democraticamente confeccionada, que busca disciplinar o acesso ao direito de ação (procedimentalismo), ou como regra democrática e constitucionalmente balizada à disciplina da concreção (substancial) do direito social previdenciário (substancialismo), mas sim como uma injusta obrigação imposta ao cidadão por um Estado “pródigo no indeferimento” de benefícios previdenciários.

A um só tempo o julgador emitiu vários juízos exegéticos, imiscuídos de ideologia e idiossincrasias: 1) toma as condições da ação como meras formalidades; 2) toma o Executivo como um sistemático negador de direitos e 3) entende que justa é a provocação direta do Judiciário, que seria um locus mais qualificado à discussão do direito. Tal postura e interpretação particularista dos órgãos judiciários quanto a desnecessidade do prévio requerimento, granjearam muitos adeptos⁵³.

Dessarte, o julgador pisoteia, a boca cheia, leis democraticamente votadas pela instância política legitimada, o Parlamento, arroga-se de

51 TRF da 3ª Região, AC 0019297-27.2012.4.03.9999/MS, Rel. Des. Federal Walter do Amaral, Décima Turma, DJF3 Judicial 1 de 10/10/2012.

52 DEMO, Pedro. *Argumento de Autoridade e Autoridade do Argumento - Interfaces da cidadania e da epistemologia*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2005.

53 Por exemplo, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Belo Horizonte/MG consolidou o entendimento referente a desnecessidade do prévio ingresso administrativo, como se nota em trecho da ementa do acórdão do processo de nº 2005.38.00.003675-9: “*Desnecessidade de prévio requerimento administrativo. Garantia constitucional ao livre acesso à justiça. Recurso provido. Sentença cassada.*”

administrador de políticas públicas mais qualificado e competente que o Executivo e, ainda, ao manipular postulados axiológicos como justiça, reputa-se guardião de uma ordem suprapositiva de valores substanciais, valores esses por ele preenchidos.

Esse super-empoderamento do Judiciário é extremamente lesivo à democracia, eis que a definição conteudística dos dissensos políticos passam a ser conformadas no cenário restrito do poder Judiciário, confinando esta mesma democracia a uma casta de modernos tutores⁵⁴, os Juízes, com notória alienação dos cidadãos, relegados a uma cidadania de 2ª classe.

4.1 Reações ao Ativismo

O ativismo judicial, com suas consequências sobre a legitimação da atividade jurisdicional do Estado, houve por ressuscitar a proposta teórica de KELSEN, no sentido de se separar conhecimento e vontade.⁵⁵

As questões vinculadas a interesses, vontades ou finalidades, são consideradas por KELSEN como afetas à política judiciária, materializada na interpretação que os órgãos jurídicos imprimem ao direito – são atos voluntaristas dos operadores do direito.

Lado outro, a ciência do direito dedica-se ao conhecimento das normas jurídicas (e não a sua aplicação), sendo o conhecimento mediado por métodos lógicos e sistemáticos desenvolvidos no ambiente de sua teoria pura.

O direito não seria, pois, o que as autoridades judiciárias dizem, em sua voluntariedade, mas sim o que se pode deduzir a partir de uma rigorosa cadeia lógica do mundo normativo (veja-se “mundo normativo” e não mundo dos “textos de lei”).

Isso posto, as questões voluntaristas de política judiciária seriam, em substância e procedimento epistemológico, o ativismo propriamente dito, despido de qualquer rigor científico, na medida em que privado de uma cadeia de rigorosa dedução lógica.

54 DAHL, Robert A. *La democracia e sus críticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Ediciones Paidós Ibérica, S/A, Marino Cubi, 92 – 08021 Barcelona e Editorial Paidós, SAICF Defensa, 599, Buenos Aires, capítulos 22 e 23.

55 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, em especial o capítulo VIII.

Na verdade, a relação política e direito é retratada por Kelsen com certo tom de pessimismo. A própria forma pejorativa pela qual o mestre austríaco faz referência ao âmbito da aplicação do direito (política judiciária) demonstra que todas as suas preocupações estavam voltadas para a construção de uma rigorosa ciência do direito e não com o oferecimento de uma teoria da interpretação que estabelecesse anteparos para a atividade judicante no momento de decidir os casos jurídicos.

Friedrich Müller, nesse sentido, também anota o problema da insuficiência do positivismo kelseniano no que tange a uma teoria da interpretação. Isto porque: “A redução do conceito de norma encontra-se na interpretação autêntica por parte dos órgãos aplicadores do direito. A norma como ordem não oferece mais do que um quadro para uma série de possibilidades decisórias logicamente equivalentes”⁵⁶. Se o ato preenche esse quadro em qualquer sentido logicamente possível, ele está em conformidade com o direito, sendo eliminada a pergunta pela correção de seu conteúdo. Desse modo, arremata Müller, “o que é reconhecido na hermenêutica moderna como coexistência, prenhe de tensões, de elementos cognitivos e volitivos de uma concretização do direito por meio da jurisprudência e da doutrina, permanecesse separado com toda a pureza em Kelsen”⁵⁷.

Assim, as posturas ativistas que destacamos acima, muito longe de se apresentarem como uma superação do normativismo positivista representam, apenas, a confirmação da tese fatalista de Kelsen de que, no âmbito da aplicação, o Direito é refém da política.

5 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SOMOS, EM TERRAE BRASILIS, PROCEDIMENTALISTAS, SUBSTANCIALISTAS OU ATIVISTAS?

Um exemplo de pretensa superação do positivismo normativismo mas que, ao fim e ao cabo, representa apenas a confirmação da tese kelseniana a respeito da “política judiciária” nos vem do próprio pretório excelso.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão do prévio requerimento administrativo, através do RE 631.240, que teve repercussão geral reconhecida em dezembro de 2010, objetivando se definir se seria

56 MÜLLER, Friedrich. *O novo Paradigma do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50.

57 Ibidem, p. 50.

legítima, ou não, a exigência de prévio requerimento administrativo, fosse para a concessão inicial de benefício, fosse para a sua revisão.

O interesse despertado pela controvérsia foi tamanho, que foram admitidos como amici curiae a União Federal, a Defensoria Pública da União e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, todos tendo realizado sustentação oral na sessão de julgamento.

A União foi admitida como amici curiae pois o leading case foi deduzido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Todavia, tanto a União como o INSS foram representados pela Advocacia-Geral da União.

O Relator do RE 631.240, Ministro Roberto Barroso, discorreu, inicialmente, sobre as condições da ação (legitimidade das partes, possibilidade jurídica e interesse de agir) e o reconhecimento, pela jurisprudência do STF, da legitimidade de sua exigência à luz da garantia constitucional de acesso à Justiça. Observou o mesmo que, “partindo do pressuposto de que ninguém deve ir a juízo desnecessariamente”, cumpriria ao Judiciário verificar se a exigência de requerimento administrativo como configuradora do interesse de agir se balizaria à disciplina constitucional de acesso ao Judiciário: essa é a pedra de toque da discussão e tese-capitânia da autarquia previdenciária.

Consignando que a Constituição estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), o Ministro Roberto Barroso assealhou que, em seu entendimento, “não há como caracterizar a existência de lesão ou ameaça a direito sem que tenha havido o indeferimento (da pretensão do beneficiário) pelo INSS”. Considerou, nesse sentido, que “a concessão do benefício depende de uma postulação ativa por parte do interessado”, não tendo o INSS o dever de concedê-lo de ofício, de modo que, para a parte evocar que teve um direito lesado ou mesmo ameaçado, seria necessário formular o pedido perante a autarquia.

Ponderou, ainda, que somente na hipótese de o INSS indeferi-lo, total ou parcialmente, ou de levar mais do que 45 dias para dar uma solução (prazo estabelecido no art. 174 do Decreto 3.048/99, para início do pagamento do benefício), “*ai, sim, o INSS terá violado o direito e nasce a pretensão e a possibilidade de ir ao Judiciário*”.

Abordou, ainda, que a exigência de prévio requerimento administrativo seria a tese que melhor atenderia à *separação de poderes*, porque “procura evitar que se transforme o juiz no administrador”, ou mesmo que “a Justiça se torne balcão do INSS”, não estando o Judiciário suficientemente aparelhado para atuar como substituto à instância administrativa, para fins de concessão e manutenção de benefícios previdenciários.

Abordou, ainda, a alegação do INSS de que “prévio requerimento administrativo não se confunde com exaurimento das instâncias administrativas”, significando aquele tão só que deva haver “postulação administrativa” na APS – Agência da Previdência Social, mas não que o autor-jurisdicionado percorra todas as fases ou instâncias administrativas para poder ingressar em juízo (Reconsideração, Junta de Recurso, Câmara da Previdência Social e Recurso Hierárquico).

A exigência de prévio requerimento, em seu entendimento, dar-se-ia nas seguintes balizas:

- 1) no tocante às ações previdenciárias para concessão inicial de benefício, o requerimento administrativo prévio seria exigido como condição da ação;
- 2) no concernente às ações previdenciárias para revisão de benefício, o requerimento prévio não seria exigível, salvo se a revisão demandasse comprovação de matéria de fato, uma vez que o INSS deve conferir o melhor benefício possível, de acordo com a legislação vigente;
- 3) Finalmente, não se deveria exigir o prévio requerimento administrativo “quando o entendimento consolidado do INSS seja notória e reiteradamente contrário à pretensão do interessado”, considerando-se configurado o interesse de agir, para a finalidade de preenchimento das condições da ação, pelo simples conhecimento prévio quanto à certeza de indeferimento do pedido em sede administrativa.

Ante a grande quantidade de ações que seriam atingidas com o julgamento do RE 631.240, o Relator sugeriu que, vindo a prevalecer a tese esposada em seu voto, com as três hipóteses acima, adotar-se-ia uma “fórmula de transição”, genuína modulação de efeitos.

Cogitou, assim, que se fixasse o entendimento (sucessivo e, ao final, alternativo) de que:

1. para as ações ajuizadas antes da decisão proferida pelo STF no multicitado RE 631.240, e que *não estivessem instruídas com prova de requerimento* administrativo prévio, fossem as mesmas restituídas ao juiz de primeira instância, para intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do feito, com fundamento na falta de interesse de agir;
2. Caso comprovada a postulação administrativa nesse interregno, o juiz intimaria o INSS a se manifestar em 90 dias.
3. Se atendido administrativamente o requerimento pelo INSS, a ação seria extinta, por evidente perda do objeto;
4. Caso contrário, havendo negativa da autarquia, configurar-se-ia a pretensão resistida e a ação prosseguiria, mas dessa vez, apta ao exame de mérito.

Apesar de se cogitar, em um primeiro momento, que o voto do Ministro Relator preferiu uma abordagem da questão sob um viés substancialista, temperado pela autocontenção, vê-se, em alguns momentos, incursões ativistas e procedimentalistas. Senão, vejamos:

Em primeiro lugar, quando o voto fala de exigência do prévio requerimento administrativo no tocante às ações previdenciárias para concessão inicial de benefício, sendo tal exigência tomada por condição da ação, vemos um esboço de proposta procedimentalista, ainda mais quando se percebe que o voto nada abordou sobre a discussão do direito material em si. O STF, na figura do voto condutor, posicionou-se, em controle de constitucionalidade, como um garantidor das regras do jogo, notadamente das regras para o exercício do direito de ação, passando ao largo da discussão sobre o direito social previdenciário de pano de fundo.

De outra banda, no tocante à discussão de revisões previdenciárias (IRSM, OTN, art. 29, II, lei 8213/91, buraco negro, desaposentação, fator previdenciário, dentre outras), o prévio requerimento seria dispensável, salvo no caso de revisões que contemplam análise fática (revisão de salários de contribuição por reconhecimento de vínculos trabalhistas), de maneira que, para discussão de tais revisões, o Judiciário se reputa um locus privilegiado, mais qualificado. Por exemplo, a discussão sobre a desaposentação (renúncia

a um benefício, para cômputo dos períodos de contribuição que lhe são posteriores, com vistas a se obter um novo benefício, de valor melhor, pelo incremento da idade e número de contribuições, superando, por via reflexa, a ação do fator previdenciário) seria travada diretamente no Judiciário, como se o mesmo fosse capaz de contemplar discussões financeiras, atuariais e de macroeconomia. Tal pretensão estampada na hipótese em comento geraria restrição dos debatedores e empobrecimento técnico da questão, em reducionismo antidemocrático, denotador de uma opção exegética, ou seja, ativismo.

Ademais, a dispensa do prévio requerimento para hipóteses de “entendimento consolidado do INSS contrário ao segurado”, ensancha perplexidades. Veja-se que o INSS apresenta entendimento consolidado contrário à pretensão do particular quase que exclusivamente em hipóteses de revisão de benefícios, o que já estaria absorvido na hipótese “2”. Todos os demais entendimentos do INSS, versando sobre concessão de benefícios, dependeriam de análise de fatos, sendo logicamente impossível engendrar-se compreensões consolidadas (contrárias ao segurado) de maneira apriorística. O que se tem é uma preferência interpretativa do julgador, já desvelada no desenvolvimento deste ensaio, de que a Administração é antidemocrática, e procede a negativas injustificadas e massificadas de benefícios previdenciários, cumprindo ao Judiciário o resgate da cidadania do segurado. Por que o segurado não pode discutir o “entendimento reiterado contrário a seus interesses” na seara administrativa? Por que isso seria uma perda de tempo? O que qualifica o Judiciário a ser um melhor contexto de debates? Trata-se de ativismo, a nosso sentir.

Por fim, veja-se que a análise do mérito (da substância) da concessão do direito social previdenciário fica confinada a um limbo de incerteza jurídica. O efeito modulante “4”, que coroa o entendimento (até agora) do STF no voto condutor, assevera que as ações não instruídas com o prévio requerimento devem ser restituídas ao juiz de 1ª instância para que o autor providencie a postulação administrativa. Quedando inerte o autor, mesmo já lhe tendo sido reconhecido o direito substantivo previdenciário pelas outras instâncias, a ação será extinta - vitória procedimentalista. Lado outro, caso o autor faça a postulação junto à autarquia e o INSS não lhe conceda o benefício, deverá a Advocacia-Geral da União se “manifestar” (ou contestar novamente o feito, dessa vez adentrando ao mérito da discussão) e, ao fim e ao cabo, deverá o Judiciário fazer uma análise do mérito - substancialismo, temperado com autocontenção. Mas qual órgão do Judiciário deverá fazer o exame de mérito? O juiz de primeira instância, que, pois, terá sua primeira sentença cassada?

O tribunal, que, pois, terá seu primeiro acórdão cassado? O STF, que simplesmente cometeu ao juiz de primeira instância uma diligência □ obtenção do prévio requerimento? Tais dificuldades ainda não de ser enfrentadas na praxis judiciária.

O fato é que o julgado ora analisado como estudo de caso é sintomático da percepção de que, no plano do agir cotidiano dos juristas brasileiros, não se pode observar com nitidez a adoção de qualquer das teses.

Não se pode observar uma preferência prática pela postura substancialista, haja vista que no âmbito da execução de políticas públicas, a cargo do poder Executivo, os direitos individuais e sociais estão longe de efetivação para amplo espectro de pessoas (déficit de eficácia), no âmbito do poder Judiciário há uma realidade jurídica que se posiciona longe de conferir efetividade a institutos jurídico-processuais de efetivação de direitos fundamentais, como o mandado de injunção e a ADIn por omissão e, no Legislativo, aprovam-se leis por procedimentos de legitimidade democrática duvidosa, como voto de liderança, além do que o sistema eleitoral permite distorções da equidade preconizada pelo “one man, one vote”.

O Estado Social em terrae brasillis não logrou cumprir as promessas plasmadas em extenso rol de direitos prestacionais e o capitalismo estatal⁵⁸ só fez por agravar as diferenças sociais, sobretudo com o desenvolvimento do neoextrativismo, popular nos países de capitalismo periférico⁵⁹.

D’outro giro, também não se observa que a prática procedimentalista tenha se disseminado na praxis jurídica cotidiana, notadamente porque o poder Executivo ainda se imiscui na função legiferante típica do Congresso Nacional (decretismo do Executivo), destabilizando a construção de uma “combinação universal e mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não-institucionalizada”⁶⁰, que se materializa na produção democrática das leis e dos procedimentos, que tencionam viabilizar a efetiva fruição dos direitos encartados à carta Política.

58 DAHL, op. cit., capítulos 22 e 23.

59 GUDYNAS, Eduardo. *Estado compensador y nuevos extractivismos: Las ambivalencias del progresismo sudamericano*. Nueva Sociedad N237, enero-febrero de 2012, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.

60 HABERMAS, op. cit., v. II, p. 186.

6 À GUIZA DE CONCLUSÃO: PELO QUE CLAMA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO?

O Estado Liberal preconizava uma concentração do centro de decisão política no Legislativo; já o Estado Social, no Executivo; o Estado Democrático sustenta o seu deslocamento para a Corte Constitucional (para o Judiciário?).

A inércia do poder Executivo e inações do Legislativo passam a permitir, dentro de um cenário de Estado Democrático de Direito, isto é, em determinadas circunstâncias e através das correlatas balizas constitucionais, que o Judiciário lhes supra. Todavia, tal possibilidade de ação judiciária não pode comprometer a democracia, donde se observa que as decisões judiciais devem ser rigorosamente controladas.

Deve-se notar, ainda, que o Judiciário não pode se tornar uma válvula de escape messiânica para as insuficiências e desacertos do Estado Social, sob pena de criarmos uma massa de cidadãos de segunda categoria que, “ao invés de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo judiciário”.⁶¹

O que o paradigma de um Estado Democrático de Direito propõe é que, diante da omissão dos Poderes Públicos em realizar as políticas públicas previstas no pacto constitucional, poderá a via judiciária ser acionada.

Veja-se que o Judiciário não realizará a política pública omitida pelos Poderes Públicos: aquele irá regulamentar, integrar, a execução de tais políticas. O Judiciário, atuando nesse sentido regulador, poderá, no limite, ordenar a execução de determinadas medidas ao Executivo, com espedeque na legalidade constitucional – mas a execução em si, caberá ao Executivo⁶².

61 STREK, op. cit., p. 65.

62 E quem “limitará” o Judiciário. Trabalharemos com uma perspectiva de autocontenção, a “self-restraint” americana? Roberta Rabelo Maia Costa Andrade assevera que “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais:

- 1) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
- 2) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e
- 3) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.”

ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. Artigo: *Do ativismo judicial à autocontenção*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27734/do-ativismo-judicial-a-autocontencao-o-exemplo-norte-americano#ixzz3Cj2fIU6v>.

STRECK sintetiza, com felicidade invulgar, a formulação acima, ao enunciar que, no Estado Democrático de Direito, “o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia de direitos individuais ou sociais”⁶³.

O Judiciário agiria subsidiariamente, como um fiador das instituições públicas integrantes dos demais Poderes, a quem cabe a elaboração legal e execução material de políticas públicas propiciadoras da efetiva fruição dos direitos fundamentais e, somente no caso de “inadimplência” de tais instituições, é que o mesmo (o Judiciário) seria “chamado à conta”, para viabilizar a efetivação dos direitos previstos no pacto constitucional.

Dessarte, respondendo à pergunta retórica capitulada no título desta conclusão, o Estado Democrático de Direito Brasileiro, com todas as peculiaridades dos países de capitalismo periférico, notadamente o déficit de direitos fundamentais, pede por um Judiciário que seja consciente da necessidade de agir para concretizar direitos fundamentais, mas que atue nos estreitos limites da disciplina constitucional, enquanto estatuto disciplinador do jurídico e do político.

Considerando essa “nova” função de fiança institucional do Judiciário, cabe-nos analisar se o mesmo está preparado para tanto.

Novamente em STRECK, observamos a denuncia de que o Judiciário tem uma atuação insuficiente para fazer frente ao novo desiderato institucional democrático, eis que se limita a afirmar formalmente a existência de determinados direitos, o que não redunde em sua real aplicação, o que por sua vez demandaria “uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas”⁶⁴.

Finalmente, quanto à judicialização em si, temos que a mesma não traz insito qualquer caráter deletério, sendo, como dito, um fenômeno político contingencial⁶⁵, que tende a aumentar ou diminuir ao sabor dos fatores expostos no item 1 (inflação legislativa, dirigismo constitucional, aumento da litigiosidade, etc...). Contudo, uma judicialização em níveis elevados pode se tornar um inconveniente, justamente por construir o que denominamos de cidadania de 2ª classe, traduzida na errônea percepção de que há participação

63 STRECK, op. cit., p. 68.

64 Ibidem, p. 70.

65 TASSINARI; OLIVEIRA, op. cit., p. 5.

democrática direta com o ingresso de uma ação judicial. Ora, o julgador, tanto quanto o parlamentar ou o administrador, estarão sujeitos a todas as falibilidade e paixões do ser humano, e, indiscutivelmente, na ação judicial, o cidadão estará cometendo a outrem, o juiz, a realização de seu direito. A judicialização pode ser controlada com o bom andamento do sistema político, com harmonia e estabilidade institucional, viabilizando-se as discussões políticas no seio da sociedade, de maneira ampla e dialógica, depois sendo suas conclusões amadurecidas e abordadas pelos órgãos legiferantes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais*. Artigo baseado no texto básico da palestra proferida na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, por ocasião da solenidade comemorativa dos seus 25 anos, em Porto Alegre, no dia 17 nov. 2005.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. *Do ativismo judicial à autocontenção*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27734/do-ativismo-judicial-a-autocontencao-o-exemplo-norte-americano#ixzz3cJ2fIU6v>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista de Direito GV*, São Paulo, ed. 15. p. 59 a 85. jan./jun. 2012.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco. Artigo: Perícia do INSS: o campo de concentração brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Data de confecção e aprovação não divulgados. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12920>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

DAHL, Robert A. *La democracia e sus criticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Ediciones Paidós Ibérica, S/A, Marino Cubi, 92 – 08021 Barcelona e Editorial Paidós, SAICF Defensa, 599, Buenos Aires.

DEMO, Pedro. *Argumento de Autoridade e Autoridade do Argumento - Interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6ª tiragem, London: Duckworth, 1991.

FACCHINI NETO, Eugênio. E o Juiz não é só de direito... (ou a Função Jurisdicional e a Subjetividade). In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.) *Aspectos psicológicos na prática judiciária*. Campinas: Millennium, 2002.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARAPON. Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUDYNAS, Eduardo. *Estado compensador y nuevos extractivismos: las ambivalencias del progresismo sudamericano*. Nueva Sociedad N237, enero-febrero de 2012, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia - entre faticidade e validade*. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297 e seguintes do v. I e p. 123 e seguintes do v. II.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus: 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Tranindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 67 e seguintes.

NETO, André Perin Schmidt. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, p. 83-96, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz et alii. *A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Aticismo: Percursos para Uma Necessária Diferenciação*. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p. 266 a 306.

PINHEIRO, Armando Castelar (org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré. 2000.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, número 44, p. 36 a 50, jan./jun. 2014.

RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoría Crítica del Derecho*. Primera Edición, 2013. Introducción e Capítulo Primero. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. Colón #443, Barrio de Triana. C.P. 20240, Aguascalientes, Ags.

STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Notas para uma necessária diferenciação. Texto Inédito.

TRINDADE, André Karan. *Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves Considerações Acerca do Papel dos Tribunais na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais?*

VIANNA, João Ernesto Aragonês. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil, In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



RECEBIDO EM: 02/09/2015
APROVADO EM: 22/01/2016

DIREITO ADMINISTRATIVO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E TÉCNICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

*ADMINISTRATIVE LAW AND DEMOCRATIC PARTICIPATION:
ANALYSIS OF THE FUNDAMENTALS AND TECHNIQUES OF
CONSENSUAL PUBLIC ADMINISTRATION*

*Diego Franco de Araújo Jurubeba
Procurador Federal*

*Consultor Jurídico junto ao Ministério da Integração Nacional
Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Especialista em Economia pela The George Washington University*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A administração pública consensual no contexto da privatização do direito público; 2 O pluralismo político como impulso à administração pública consensual; 3 Do ato ao contrato: um deslocamento no eixo do direito administrativo; 3.1 Matrizes clássicas francesas: a via da unilateralidade; 3.2 A via bilateral; 4 A consensualidade na tomada de decisões pelo poder público; 4.1 A arena pública; 4.1.1 Audiências públicas;

4.1.2 Conselhos e comissões; 4.2 A preferência por ajustes bilaterais frente à tradicional atuação unilateral; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo contextualizar a administração pública consensual no cenário de mutação estrutural da gestão pública contemporânea, apontando seus fundamentos doutrinários e normativos. Pretende-se ainda destacar o impacto do fenômeno sobre o direito administrativo, retirando-o da sua entrenchada posição de direito derogatório e deslocando seu centro de atuação do ato administrativo unilateral e imperativo, para favorecer uma crescente utilização de práticas conciliatórias. Por fim, serão apontadas técnicas pelas quais o consensualismo tem se feito presente em institutos tradicionais do direito administrativo, nomeadamente pela utilização da figura do contrato, não apenas enquanto categoria jurídica, mas como o símbolo de um novo estilo de gestão pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Administração Pública Consensual. Pluralismo Político. Participação Democrática. Contratos.

ABSTRACT: This paper aims to contextualize consensual public administration in the scenario of structural change of contemporary governance, pointing out its doctrinal and normative foundations. It also seeks to highlight the impact of the phenomenon on administrative law, removing it from its entrenched position of derogatory law and moving its axis from the unilateral and imperative administrative act, in favor of the increasing use of conciliatory practices. Finally, the paper will appoint techniques by which consensualism has been inserted in traditional institutes of administrative law, particularly through the use of the contract, not only as a legal category, but as the symbol of a new style of public management.

KEYWORDS: Administrative law. Consensual Public Administration. Political Pluralism. Democratic Participation. Contracts.

INTRODUÇÃO

A definição das políticas públicas já não é fruto exclusivo do pensamento das autoridades administrativas¹. Ao revés, cada vez mais as decisões emanadas do Estado resultam de processos que visam equilibrar os diversos interesses postos em jogo através da participação de diversas partes políticas. Em razão disso, diz-se, hodiernamente, que o direito administrativo, caracterizado pelo seu regime estritamente exorbitante, encontra-se numa encruzilhada nas sociedades modernas, plurais por excelência.

Nas últimas décadas, a complexidade crescente dos problemas relacionados à diversificação das necessidades da sociedade, as novas tecnologias de comunicação e informação, o papel decisivo da mídia, bem como as exigências de maior eficiência e transparência na ação pública, produziram uma rápida mutação na forma de gerir os governos². Com efeito, toda essa conjuntura provocou uma crise de poder³, ou crise de governabilidade⁴, nas democracias ressurgidas após a derrocada dos regimes totalitários e autocráticos de Estado, nas últimas décadas do século passado.

Com o declínio da credibilidade no modelo de gestão autocrática das organizações estatais – e a crescente pressão dos movimentos sociais –, observou-se, como resposta, a substituição de modelos rígidos e concentrados de administração por outros mais dinâmicos, voltados ao acolhimento do desejo crescente de participação democrática nas decisões de governo⁵. Aliado a isso, a tecnologia vem ao auxílio da democratização do sistema político, tornando viáveis operacionalmente os mais diversos espaços de debate público.

Nesse sentido, pode-se chamar de administração pública consensual o modo de gerir as ações públicas com base em mecanismos que visam regular demandas concorrentes e obter soluções consensuais por meio

1 CASSESE, Sabino. Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 391, 2000.

2 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. p. 24-25.

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 18.

4 CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=33300>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

5 SARAIVA, op. cit., p. 36.

da negociação e da cooperação dos atores sociais envolvidos⁶. Destarte, o Estado passa a agir como um mediador dos interesses, não buscando “apenas estabelecer e conferir eficácia aos canais de participação e interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas com eles constantemente interagir”⁷.

O presente artigo tem como objetivo contextualizar a administração pública consensual no cenário de mutação estrutural da gestão pública contemporânea, apontando seus fundamentos doutrinários e normativos. Pretende-se ainda destacar o impacto do fenômeno sobre o direito administrativo, retirando-o da sua entrincheirada posição de direito derogatório⁸ e deslocando seu centro de atuação do ato administrativo unilateral e imperativo, para favorecer uma crescente utilização de práticas conciliatórias⁹. Por fim, serão apontadas técnicas pelas quais o consensualismo tem se feito presente em institutos tradicionais do direito administrativo.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL NO CONTEXTO DA PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

A distinção entre direito público e direito privado, tão cara aos manuais de direito, vem sendo suavizada nas últimas décadas. O “processo de estatização da sociedade e de socialização do Estado”¹⁰, pelo qual as fronteiras que separam as esferas público e privada se tornam cada vez mais nebulosas, repercute no ordenamento jurídico através da contínua e gradual absorção de características típicas do direito público pelo direito privado, e vice-versa.

Nesse sentido, utiliza-se a expressão publicização do direito privado para denominar o avanço do dirigismo público sobre institutos jurídicos tradicionalmente operacionalizados com ampla margem de liberdade

6 Por todos, CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 105-106, p. 203-217, 2003. Disponível em: <<http://10.3917/rfap.105.0203>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

7 SCHWANKA, Cristiane; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 32, Abr., 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=53672>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

8 CASSESE, Sabino. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, p. 908, 2004.

9 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, pp. 185-218.

10 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 180.

individual, hipótese em que o direito civil e o direito trabalhista se tornam as grandes vitrines do fenômeno¹¹.

Por outro lado, o direito administrativo, talhado inicialmente na França como um arsenal jurídico de privilégios e prerrogativas que concedem ao poder público a potestade de impor unilateralmente obrigações aos administrados¹², pode ser encarado como o expoente maior de um processo inverso: o de privatização do direito público. Por essa razão, a utilização de formas e noções jurídicas privatistas pelo Estado vem ganhando prestígio na gestão dos negócios públicos¹³.

Dessarte, o impulso mais recente na privatização do direito público decorre do robustecimento de algumas noções, que podem ser resumidas da seguinte maneira: a) tendência de desverticalização das relações entre a Administração pública e os particulares, dado nem sempre haver necessidade de se firmar compromissos sob uma ótica impositiva; b) percepção de que soluções debatidas podem ser mais eficientes e aceitas com menor resistência do que aquelas impostas unilateralmente; c) entendimento de que mecanismos de gestão privada podem ser mais eficientes para consecução das finalidades públicas.

As duas primeiras noções têm estreita relação com o crescente envolvimento das grupos sociais no exercício do poder político, principalmente nas esferas locais, com vistas à resolução dos problemas que lhe afetam¹⁴. Já o terceiro apontamento representa um consenso ideológico que varia no tempo e no espaço, de acordo com o regime político da ocasião, e em consonância com as inclinações da ordem econômica e social¹⁵.

11 Ressaltando a historicidade do fenômeno: GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan., 1998.

12 CHEVALLIER, Jacques. Les fondements idéologiques du droit administratif français. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 2. Paris: PUF, p. 7, 1979. Disponível em: <www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/10/chevallier.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014.

13 Entre outros, CORREIA, José Manoel Sérvulo. Fundações e associações públicas de direito privado. In: COSTA, José de Faria (org.). *Boletim da Faculdade de Direito: os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 301-302.

14 FERNÁNDES, António Teixeira. Poder local e democracia. *Revista da Faculdade de Letras: Sociologia*, Porto, v. 2, p. 38, 1992.

15 Tome-se como exemplo o caso das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que desde a década de 1930 se expandem e se contraem segundo o movimento pendular do pensamento político-econômico dominante em cada geração e governo (Cf. YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The Commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002. p. X-XIV).

A consolidação dessas ideias tem como reflexo prático a difusão de mecanismos de pactuação na gestão administrativa. Esse modo de pensar e exercer a gestão pública recebe diversos nomes: administração pública consensual, administração pública concertada, governo por contratos¹⁶, entre outras expressões que – apesar de pequenas peculiaridades enxergadas pelos autores –, fazem sempre uma referência geral à predileção que deve ser conferida ao desempenho da função pública com lastro em decisões compartilhadas com a sociedade¹⁷.

2 O PLURALISMO POLÍTICO COMO IMPULSO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Diferentemente de outras tendências jurídicas surgidas nos últimos anos, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana não se afigura, pelo menos na origem do trato da matéria, como o motivo determinante para o desenvolvimento da doutrina da administração pública consensual¹⁸. A bem da verdade, a mudança de paradigma na ação pública, da imposição à negociação, decorreu naturalmente da evolução e crise do Estado providência no final da década de 1970, quando o assunto passou a ser debatido pela doutrina europeia¹⁹.

Nesse sentido, é de notar que, ao longo do século XX, o Estado se colocou definitivamente na condição de agente promotor das ordens social e econômica. De uma parte, o reconhecimento de direitos sociais vem ocorrendo sempre de modo crescente pelos governos ocidentais; noutro flanco, a incorporação, pelo poder público, de atividades antes promovidas apenas ou primordialmente pela iniciativa privada é, em maior ou menor medida, uma realidade para as administrações públicas contemporâneas.

16 GAUDIN Jean-Pierre. La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales.

In: *Annuaire des collectivités locales: réforme de la décentralisation, réforme de l'État*. t. 24. Paris: Litec, 2004. p. 215-234. Disponível em: <<http://10.3406/coloc.2004.1540>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

17 Conforme ressalta Alice Gonzalez Borges, a administração pública consensual visa o fomento da “colaboração entre a Administração e entidades privadas, mediante acordos e parcerias, e até mesmo à cooperação entre as próprias pessoas de direito público de diferentes esferas” (BORGES, Alice Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 20, 2009).

18 Em sentido contrário, MELO, António Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*, v. I, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 12-15.

19 Por todos, CUMYN, Michelle, La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social? *Les Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval*, Québec, v. 47, n. 4, p. 680, 2006. Disponível em: <<http://id.erudit.org/iderudit/043908ar>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

Naturalmente, quanto mais numerosos os objetivos socioeconômicos a serem promovidos por um Estado, maior será a conflitividade inerente às suas ações. Isso ocorrerá esteja ele atuando enquanto conformador da instrumentalização dos direitos, ou estejam seus aparatos a agir diretamente na prestação de atividades consideradas de interesse público.

A esse respeito, é certo também que as constituições democráticas contribuíram bastante para a mudança de paradigma. Nesse quesito, quanto mais democrática for a regulação social, maior será a necessidade de se conciliar um conjunto variado de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos políticos distintos²⁰.

Com efeito, a efetivação do pluralismo político passa de modo inapelável pela valorização da consensualidade²¹ na administração pública, com a consequente democratização da prossecução do interesse público²². Nas palavras de Chevallier, “doravante, a atividade pública se desenvolve com o debate, oferece-se à negociação”²³.

Por esse caminho trilhado pelas democracias modernas, segue-se inevitavelmente uma linha que acarreta a perda gradual do juízo monocrático do gestor público²⁴. Ante a pressão dos atores sociais, a ação pública nas sociedades contemporâneas tende a resultar de um processo complexo em que múltiplos grupos são convidados a tomar parte nas discussões que buscam encontrar o melhor equilíbrio entre demandas concorrentes.

3 DO ATO AO CONTRATO: UM DESLOCAMENTO NO EIXO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

À evidência, a demanda por mudanças na forma gerir os negócios públicos é um fenômeno que transcende fronteiras nacionais e repercute diretamente na disciplina jurídica que rege a administração pública. Nos últimos anos, o tema em questão vem sendo debatido no âmbito de diversos ordenamentos jurídicos, os quais tendem a promover uma uniformização

20 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 23.

21 Toma-se a expressão consensualidade como sinônimo de contratualismo e concertação, não se fazendo distinções entre elas. Em sentido contrário: SCHWANKA; OLIVEIRA, op. cit.

22 COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 27, p. 197, 2003.

23 CHEVALLIER, *La gouvernance*, p. 214.

24 AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. Disponível em: <www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/participacao.html>. Acesso em: 05 mar. 2015.

dos direitos administrativos nacionais, notadamente em decorrência do fenômeno da globalização²⁵.

O direito administrativo brasileiro sempre sofreu grande influência da doutrina administrativista estrangeira, estando ainda bastante apegado às suas origens de forte matiz francês. Todavia, esse liame caminha para um afrouxamento, a fim de viabilizar uma convergência normativa com padrões democráticos globais, conforme se verá abaixo.

3.1 Matrizes clássicas francesas: a via da unilateralidade

Com pouca variação em doutrina²⁶, afirma-se que o direito administrativo francês tem origem no reconhecimento de que o direito que rege as relações particulares seria incapaz de regular adequadamente as relações jurídicas em que o Estado é parte²⁷. Nessa linha, a partir de noções como as de “serviço público” e “interesse público”, a doutrina e o Conselho de Estado francês moldaram ao longo dos anos um conjunto de normas lastreadas em princípios que derogam o direito comum em favor do poder público – o tutor dos interesses da sociedade.

Essas bases jurídicas, que ainda pautam fundamentalmente o direito administrativo brasileiro²⁸, tiveram forte lastro nos estudos de Maurice Hauriou, precursor da Escola de Toulouse e grande sistematizador do regime jurídico administrativo pautado na ideia de *puissance publique*.

Para Hauriou, o direito administrativo seria um ramo jurídico fundado na prerrogativa que confere à administração pública o poder de atuar sem as limitações impostas pelas relações sinalagmáticas do direito civil, sendo, portanto, um prolongamento deste²⁹. Esse poder estaria consubstanciado na *puissance publique*, isto é, na concentração do poder de coação atribuído ao Estado com o intento de que ele, estando acima dos administrados, pudesse concretizar o interesse público mediante atos de império³⁰.

25 CASSESE, op. cit., p. 908.

26 Para uma análise panorâmica da doutrina que discute as origens do direito administrativo, cf. MEDAUAR, op. cit., p. 13-23.

27 CASSESE, op. cit., p. 906.

28 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 16, jan./mar., 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39779>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

29 HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*. 2. ed. Paris: Sirey, 1916, p. 571.

30 *Ibidem*, p. 592.

Sinteticamente, por meio da construção teórica de Hauriou, o direito administrativo seria um direito operacionalizável primordialmente por intermédio de decisões unilaterais de *puissance publique*, uma prerrogativa exorbitante em relação ao direito civil e instrumental à concretização das finalidades públicas³¹.

Sob essa estrutura doutrinária, o ato administrativo emergiu no mundo jurídico como uma ponte entre a vontade estatal e a posição jurídica dos administrados, estando nela predispostos uma série de preceitos que disciplinam e limitam o exercício da autoridade pública³². Com esse argumento garantista, o ato administrativo acabou se tornando a figura central da atividade do administrador público, configurando-se inicialmente como uma salvaguarda dos cidadãos frente ao Estado absolutista, que era centrado na ideia de dominação.

A despeito do aludido garantismo em seu propósito, o ato administrativo, à luz da doutrina da *puissance publique*, acabou se consolidando com uma lógica autoritária³³, como “o momento de afirmação da autoridade”³⁴, haja vista a sua capacidade inata para dar cumprimento às leis e incidir unilateralmente sobre as posições jurídicas dos particulares.

Da mesma forma, inserido no mesmo contexto de exorbitância do direito comum, a noção francesa de contrato administrativo consolidou-se com características que o afastam dos preceitos tradicionais do direito privado³⁵, as quais podem ser resumidas da seguinte maneira: a) assimetria entre as partes, estando o contratado em situação de submissão; b) prerrogativas que permitem a intervenção unilateral da Administração nas condições pactuadas³⁶.

Como é possível observar, ambas as matrizes clássicas francesas dos negócios administrativos são fortemente dotadas de uma conotação autoritária, exorbitante e processadas prioritariamente por decisões unilaterais da autoridade pública. Contudo, esse tom inaugural de império

31 HAURIOU, op. cit.

32 MEDAUAR, op. cit., p. 202.

33 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18.

34 MEDAUAR, op. cit., p. 205.

35 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 120-148.

36 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 76, 2009.

não mais modela o direito administrativo com a contundência de outrora, tendo sido serenado a partir da ação dos mesmos fatores que deram azo à chamada administração pública consensual³⁷.

Com essa fundamentação filosófica e conformação de institutos jurídicos, não é difícil perceber que o elemento de autoridade do direito administrativo francês inspirou largamente o direito administrativo brasileiro³⁸. Todavia, não se pode imputar essa linha exclusivamente à influência francesa, mormente quando alguns dos mais destacados doutrinadores pátrios dedicaram seus estudos a enaltecer o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado enquanto pilar científico do direito administrativo³⁹.

Em contraposição a essa posição, dominante até o final do século XX, cresce no Brasil um entendimento entre os administrativistas mais jovens acerca do caráter vazio do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado⁴⁰. Isso porque, em uma sociedade heterogênea, pouco vale afirmar que o interesse público deve ser preferido pelo gestor público, quando o real problema é identificá-lo antes da emissão da decisão, no momento da apreciação da colisão dos interesses postos em jogo.

Como forma de qualificar a identificação dos interesses no exercício da gestão pública, exsurge o fenômeno da administração pública consensual.

37 Na lição de Jean-Bernard Auby, o direito administrativo francês submete-se a lógica de três fenômenos desde a década de 1970: o movimento de globalização do mundo, o movimento de desestatização da sociedade e o movimento de descentralização do poder (*La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. Actualité juridique: édition droit administratif*, Paris, v. 57, n. 11, p. 913, 2001).

38 Na obra seminal do direito administrativo brasileiro, o *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862, é fácil identificar a deferência do Vinconde do Uruguai aos autores franceses, em especial ao Barão de Gérando, de modo definir o direito administrativo como um direito que versa sobre os interesses da ordem pública, apartado do direito comum das pessoas privadas, isto é, do direito civil (URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 104).

39 Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.” (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69).

40 Criticando esse louvor doutrinário à supremacia do interesse público sobre o privado, entre outros: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 45-48; ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf.

Em lugar da atuação tipicamente soberana, lastreada em um juízo solitário e que impõe as decisões unilateralmente, dá-se preferência à busca por uma solução negociada ou contratual. Com esta nova premissa, figuras de direito privado – em especial, o contrato – aparecem como alternativas que põem os administrados numa posição ativa no debate sobre a prevalência dos interesses nos casos concretos, e não mais como sujeitos meramente passivos dos atos de autoridade emanados pelo poder público⁴¹.

3.2 A via bilateral

Na tradição alemã, a noção de contrato público sofreu resistências devido ao forte peso doutrinário de Otto Mayer, jurista que considerava inviável a formalização de contratos entre o Estado e os particulares, dado que, por pressupor a igualdade entre os contratantes, o instrumento seria inadequado⁴². Para Mayer, o direito administrativo seria uma organização de *puissance publique*, reconhecendo no estudo dos administrativistas franceses sua grande inspiração⁴³.

Na mesma linha, Fritz Fleiner era outro porta-voz do entendimento de que, a partir do momento em que o poder público se posicionasse diante dos administrados de modo soberano, o direito comum e as formas bilaterais seriam inaplicáveis, pois as partes não estariam em um mesmo nível. Para essa parcela da doutrina alemã, os chamado contrato de direito público seria, na verdade, uma ordem unilateral cuja legitimidade estaria subordinada ao consentimento do interessado⁴⁴.

Contudo, a despeito da oposição de grandes administrativistas, a figura dos contratos públicos se desenvolveu naturalmente na Alemanha, mas com um contorno substancialmente diverso do contrato administrativo francês. Em síntese, não foram conferidos poderes extraordinários ao ente estatal no contrato de direito público germânico, mas pelo contrário,

41 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 44.

42 Sobre a evolução do tratamento dado ao contrato administrativo na Alemanha: MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006, pp. 408-427; ESTORNINHO, Maia João. *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 167-188; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Teoria do contrato administrativo*. São Paulo: USP, 2010. p. 132-136; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 166-171.

43 RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p. 216-218.

44 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. p. 176.

fincou-se a sua distinção em relação aos contratos privados na circunstância dele pactuar relações de direito público como uma alternativa bilateral ao tradicional ato administrativo⁴⁵.

Essa utilização do contrato como alternativa bilateral ao ato administrativo unilateral é essencial à temática da administração pública consensual na experiência alemã (*obligkeitlichen*⁴⁶). É que, ante a não consolidação do instituto com um viés autoritário e impositivo, a sua desvinculação com o caráter exorbitante abriu espaço à utilização do contrato como um instrumento disponível à concretização do consenso entre Estado e particulares nas decisões públicas.

Neste sentido, a lei do processo administrativo alemão de 25 de maio de 1976 (VwVfG) regulamentou a questão para prever, em seu § 54, que “a relação jurídica de direito público poderá ser constituída, alterada ou anulada por acordo (contrato de direito público) quando não houver disposição legal em contrário. Em particular, a autoridade poderá, ao invés de emitir ato administrativo, celebrar um contrato de direito público com a pessoa a quem se direcionaria o ato administrativo”.

Criou-se, naquele momento, uma tendência para os demais ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica, a ponto de, por exemplo, António Menezes Cordeiro afirmar que o referido dispositivo marca a transposição da ciência jurídico-administrativa portuguesa para o estilo alemão⁴⁷.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o legislador germânico deu ao contrato administrativo o mesmo valor do ato administrativo. Segundo Hartmut Maurer, a única diferença entre ambos está no fato de que o “ato administrativo é promulgado *unilateralmente* pela autoridade”, enquanto o contrato administrativo é firmado “*consensualmente* por autoridade e cidadão”⁴⁸.

O referido dispositivo veio a calhar com o perfil da administração pública consensual, na medida em que, atenuando o dogma da unilateralidade no exercício da atividade administrativa, traduziu uma preferência por

45 CORDEIRO, António Menezes. *Contratos Públicos*: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007. p. 32.

46 ESTORNINHO, op. cit., p. 44.

47 Ibidem, p. 39.

48 MAURER, op. cit., p. 419.

soluções baseadas no consenso. Na esteira dessas premissas, Maurer anota que o contrato possibilita uma administração flexível correspondendo, “em especial, às idéias de uma administração moderna, democrático-estatal-jurídica, que vê o cidadão não só como mero súdito, mas como sujeito de direito independente e parte da administração”⁴⁹.

Inspirada no estudo germânico, a doutrina portuguesa desenvolveu o princípio geral de utilização do contrato como forma de atuação administrativa, ou princípio geral de autonomia pública contratual, como decorrência do perfil democrático da Constituição portuguesa⁵⁰. Segundo esse princípio, ainda que a lei não indique o contrato como instrumento de atuação administrativa ordinária, a administração dele poderá lançar mão, ao invés de utilizar-se da via unilateral⁵¹. Anos depois, a legislação portuguesa do processo administrativo foi alterada para incorporar dispositivos semelhantes ao encontrado no direito alemão⁵², ocorrendo o mesmo na Itália⁵³ e na Espanha⁵⁴.

Importante esclarecer que, quando se fala em contrato, não se está necessariamente a fazer referência unicamente à figura contratual clássica. Diz-se contrato enquanto imagem representativa da tendência pela qual se fala que “a lei é cada vez mais contratada”⁵⁵, isto é, fala-se em contrato como resultado de entendimentos ou compromissos entre as partes políticas interessadas. Tem-se nele, portanto, o símbolo de um movimento de progressiva contratualização de relações que tradicionalmente estão submetidas a uma disciplina autoritária do poder público.

Em resumo, o contrato é um instrumento e a personificação de uma mudança de paradigma na forma de gerir os negócios públicos. Com base neste raciocínio, sua utilização ilustra não mais apenas o recurso jurídico para a contratação de bens e serviços pela administração. É, agora, a expressão de uma ação administrativa voltada à captura do consenso

49 MAURER, op. cit., p. 425.

50 Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 639 e ss.

51 CALVÃO, Felipa Urbano. Contratos sobre o exercício de poderes públicos. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*. n. I, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 331.

52 Art. 185º do Código de Procedimento Administrativo (Decreto-lei nº. 442/91), com a redação alterada pelo Decreto-lei nº. 6/96; e art. 278º do Código de Contratos Públicos (lei nº. 18/2008).

53 Art. 11º, 1, da lei nº. 241/1990, alterada pelo art. 7º da lei nº. 15/2005.

54 Art. 88º, 1, da lei nº. 30/1992.

55 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 338.

junto aos administrados, quando estes estão inseridos em um cenário de pluralidade de interesses muitas vezes em choque⁵⁶.

A despeito dessa convergência dos direitos administrativos nacionais, a legislação federal brasileira ainda não possui uma previsão geral tão expressa quanto o §54 da VwVfG no tocante ao caráter substitutivo do contrato. Isso não impede, entretanto, a identificação de algumas normas de caráter especial que seguem a linha do dispositivo alemão, além de outras tantas que estabelecem procedimentos e moldam institutos com vistas a permitir uma maior participação democrática no cotidiano da administração pública.

4 A CONSENSUALIDADE NA TOMADA DE DECISÕES PELO PODER PÚBLICO

Como verificado, o fenômeno da administração pública consensual possui um enquadramento referencial no pluralismo político, de modo a permitir a “substituição, sempre que possível, da imperatividade pelo consenso nas relações Estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atuem em diversas formas”⁵⁷.

Em atenção a essas premissas, serão apontadas abaixo algumas técnicas pelas quais institutos tradicionais do direito administrativo brasileiro têm experimentado uma inflexão a favor do consensualismo.

4.1 A arena pública

A difusão de espaços e mecanismos que permitam canalizar as manifestações das forças sociais para uma estrutura de debates e deliberações é um dos principais pressupostos para a concretização de um verdadeiro governo por contratos. Nas palavras de Aguilar Villanueva, essa forma de conduzir o processo decisório a cargo da administração pública “resgataria o sentido clássico de governo, de bom governo”⁵⁸.

56 Existem ainda vozes dissonantes que levantam dúvidas quanto à possibilidade de utilização do contrato como alternativa ao ato administrativo, nomeadamente sob o argumento de que esta conduta poderia contradizer princípios fundamentais da atividade administrativa, como o princípio da irrenunciabilidade e inalienabilidade das competências administrativas (cf. LEDDA, Franco. *La partecipazione all'azione amministrativa*. In: LEDDA, Franco. *Gli istituti della democrazia amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 66-67).

57 MOREIRA NETO, op. cit., p. 26.

58 VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *La hechura de las políticas*. México: Porrúa, 1992. p. 8.

Inspirado na ciência política anglo-saxã, o italiano Sabino Cassese utiliza a expressão *arena pública* para designar o “espaço em que se desenvolvem a atividade pública e o intercâmbio entre Estado e sociedade”⁵⁹. Esses canais tornam-se muitas vezes uma etapa obrigatória do processo de tomada de decisões acerca de políticas públicas, as quais poderão estar vinculadas ao resultado final dos debates ali estabelecidos.

4.1.1 Audiências públicas

A audiência pública é o mecanismo de consensualidade mais corriqueiro e generalizado normativamente nos processos decisórios a cargo dos gestores públicos. Nos últimos anos, diversas leis brasileiras passaram a conter a previsão de que a audiência pública seria uma fase possível, ou até mesmo obrigatória, no *iter* de determinados processos que visam à formação de decisões ponderadas em face de interesses distintos.

Segundo Moreira Neto, a audiência pública, cujas origens remontam ao direito anglo-saxão (*public hearings*), é um “processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da administração pública”⁶⁰. Na verdade, as audiências públicas não correspondem propriamente a um processo decisório, mas em uma fase deste, a qual pode ocorrer no seu curso (fase instrutória) ou em seu encerramento (fase decisória)⁶¹.

Do ponto de vista da análise econômica do direito, essa participação é mais do que justificável, uma vez que as decisões estatais naquelas esferas ocasionam, necessariamente, custos (afetações nos interesses) de terceiros, muitas vezes “invisíveis” ao gestor público e aos destinatários diretos das suas ações⁶². Assim, a participação popular serve para garantir a maximização da eficiência na ação pública, minimizando os custos totais associados (custos de transação), os quais podem, a princípio, estar ocultos.

No direito brasileiro, a institucionalização das audiências públicas no processo de formação das decisões administrativas tem como um dos seus precedentes mais remotos a edição da resolução nº 01, de 23.01.1986,

59 A arena pública: novos paradigmas para o Estado. In: CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes, 2010, p. 90.

60 MOREIRA NETO, op. cit., p. 256.

61 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, abr., 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=30036>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

62 OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 1994. p. 19.

do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Naquele normativo, que estabelecia diretrizes para os licenciamentos ambientais, previu-se pela primeira vez a possibilidade de órgãos e entes estatais convocarem audiências públicas no intuito de conferir aos atores sociais interessados a oportunidade de conhecer o teor da análise dos estudos de impacto ambiental do projeto licenciando, permitindo-se-lhes a oposição de críticas e sugestões.

Nesse caso, vale notar que a audiência pública também proporciona à administração pública a capacidade de aferir a repercussão social do empreendimento proposto, conhecer alternativas não vislumbradas e reequilibrar a balança de interesses legítimos a serem afetados pela decisão administrativa.

Também 1986, nascia em Porto Alegre a ideia de orçamento participativo, uma arena pública em que associações comunitárias participam da definição do orçamento municipal, reivindicando prioridades e influenciando seus critérios de estabelecimento⁶³. A experiência gaúcha se expandiu nacionalmente e passou a ser adotada por outras municipalidades que criaram estruturas procedimentais próprias, mais ou menos sofisticadas e vinculantes em relação ao poder público.

No processo de democratização brasileira, esse instituto é certamente a principal inovação social a confrontar dois males históricos do processo político de distribuição de bens públicos: o baixo nível de organização da população e a tradição clientelista brasileira⁶⁴.

Dessa forma, considerando que direitos são serviços públicos que o governo deve distribuir em troca em receitas orçamentárias auferidas pela cobrança pecuniária imposta aos cidadãos⁶⁵, o orçamento participativo atua diretamente sobre o elemento primário do que realmente constitui o direito de participação: a possibilidade de influenciar no processo de especificação das finalidades públicas⁶⁶. Com a institucionalização de um canal aberto à participação popular, aliviam-se as pressões de interesses particulares que tradicionalmente incidem sobre o aparelho burocrático brasileiro⁶⁷.

63 AVRITZER, op. cit.

64 Ibidem.

65 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York e London: W. M. Norton, 1999. p. 151.

66 WALDRON, Jeremy. Participation: the right of rights. In: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 235.

67 AVRITZER, op. cit.

A generalização do instituto em âmbito nacional ocorreu através da lei de responsabilidade fiscal (lei complementar n.º 101/2000), que deu ao referido instrumento de participação popular o caráter de fase obrigatória dos processos demonstrativos da execução orçamentária e do cumprimento das metas públicas⁶⁸. Na mesma linha, o Estatuto da Cidade (lei n.º 10.257/2001) concedeu às audiências públicas o *status* de instrumento garantidor da gestão democrática das cidades e de fase obrigatória no processo de elaboração dos orçamentos públicos e dos planos diretores.

Avançando no direcionamento da distribuição de bens por intermédio da peça orçamentária, a participação democrática por meio de audiências prolonga-se para o efetivo controle das despesas públicas em concreto e da legitimidade das decisões atinentes à regulação estatal das atividades econômicas. Disposições normativas acerca de ambas as situações vêm sendo incorporadas ao direito brasileiro nas últimas décadas.

No primeiro caso, por exemplo, convém mencionar a participação popular nas contratações públicas em geral, onde existe um espaço de arena pública com vistas a aferir a repercussão social dos empreendimentos. Nesse sentido, a lei nacional de licitações e contratos administrativos (lei n.º 8.666/93) estabeleceu que a audiência pública é o ato inicial dos processos licitatórios que ultrapassem o valor de R\$ 150 milhões, consubstanciando-se, portanto, em um requisito de validade do próprio certame, sem o qual resta viciado todo o procedimento concorrencial⁶⁹.

Na segunda hipótese, sobrevieram disposições em leis específicas no sentido de que a audiência pública é um componente essencial aos processos que visam regular setores da atividade econômica, como nas leis que dispõem sobre os regimes das concessões dos serviços de energia elétrica (lei n.º 9.427/96) e de telecomunicações (lei n.º 9.472/97).

Finalmente, cumpre destacar que, com o advento da lei do processo administrativo federal (lei n.º 9.784/99), tornou-se expressa a possibilidade das autoridades administrativas provocarem a instauração de audiências públicas com vistas a robustecer a motivação e legitimar decisões a serem tomadas nos processos administrativos. Desde então, universalizou-se

68 O art. 48, parágrafo único, I, da lei de responsabilidade fiscal dispõe que a transparência, enquanto pressuposto da responsabilidade na gestão fiscal, será assegurada mediante “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

69 Vale ainda mencionar as diversas previsões de controle e participação popular quanto aos estudos (arts 4º e 7º, §§ 8º e 9º, e 15, §6º), editais (41, §1º, 43, §1º) e procedimentos de contratação (45, §2º e 49).

o âmbito de possibilidades de convocação de audiências públicas, sendo oportunizado aos gestores públicos invocá-las sempre que entender conveniente.

4.1.2 Conselhos e comissões

Além das audiências públicas, outras manifestações importantes do fenômeno da administração pública consensual são os conselhos e comissões em que a sociedade civil é chamada a tomar parte nas decisões colegiadas. Bem desenvolvidos no direito europeu, esses órgãos visam aprimorar as decisões que impactam diversos interesses através da negociação e de um consenso em que são partes as diversas esferas do poder público e as forças sociais cujos interesses podem estar em jogo.

Doutrinariamente, costuma-se afirmar que o objeto de atuação dos conselhos e comissões deve versar sobre aspectos sociais e econômicos em sentido amplo. Dessa forma, “ainda que não se possam enumerar todos os temas possíveis, há sim alguns que se encontram à margem da concertação: os culturais, os internacionais, e os propriamente políticos”⁷⁰.

Nessa linha, um exemplo dessa arquitetura consensual está na Constituição Portuguesa, que previu a existência do Conselho Económico e Social, composto por “representantes do Governo, das organizações representativas dos trabalhadores, das actividades económicas e das famílias, das regiões autónomas e das autarquias locais”⁷¹, como um órgão central de “concertação no domínio das políticas económica e social”⁷².

Interessante observar que, no âmbito dos conselhos e comissões, a concertação de interesses também poderá ser realizada quando as partes políticas neles inseridas forem exclusivamente organizações estatais. Sem maiores dificuldades, é possível vislumbrar a existência de entidades públicas ou grupos de entes políticos cujos interesses possam eventualmente se chocar com aqueles defendidos por outras entidades congêneres.

Nesse cenário, o contrato exsurge como a categoria jurídica capaz de dar vida a um novo paradigma. Chamando atenção para esse instrumento, Jacques Chevallier utiliza o termo *contratualização*, destacando que esta “não

70 RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social: (perspectiva iberoamericana)*. Murcia: Universidad, 1989. p. 152, tradução nossa.

71 Art. 92º, 2, da Constituição Português de 1976.

72 Art. 92º, 1, da Constituição Português de 1976.

permite apenas que se oficialize a associação de diversos atores privados à ação pública”, mas é “também o meio de promover novas relações no interior mesmo da esfera pública”⁷³. Nesse sentido, o autor distingue a contratualização vertical, quando a relação concertada é travada entre o Estado e a sociedade civil, e contratualização horizontal, quando firmada por “unidades administrativas do mesmo nível”⁷⁴.

A respeito da contratualização horizontal, Bruno Dente explica que no âmbito de uma governança multinível, os entes públicos tendem a se sobrepor e se cruzar, de modo que, por exemplo, “um município pode ser parte de uma pluralidade de consórcios de tamanhos muito diferentes e nem sempre com os mesmos parceiros”⁷⁵.

No caso brasileiro, é possível visualizar alguns mecanismos de contratualização mediante conselhos e comissões, seja entre Estado e sociedade⁷⁶, seja entre organizações estatais. Na espécie, destacam-se as figuras dos conselhos gestores de políticas públicas no âmbito dos municípios⁷⁷, no primeiro caso, enquanto os conselhos deliberativos de caráter nacional e os contratos de programa para a gestão associada de serviços públicos são as formas mais usuais de aplicação do segundo caso.

Por sua vez, é mais comum visualizar a concertação entre organismos estatais quando a arena pública debate políticas estruturadas do ponto de vista nacional ou regional, podendo contar ou não com a participação de representantes da sociedade civil.

É importante destacar que a Constituição Federal de 1988 deu aos municípios uma conformação que sobreleva a cidadania e o pluralismo político, tornando a esfera local o espaço por excelência para a participação popular na formulação das políticas públicas. Essa nota já pôde ser observada quando se falou da figura do orçamento participativo.

73 A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=33300>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

74 *Ibidem*.

75 DENTE, Bruno. *Convivere con la governasse multilivello istruzioni per l'uso*. Disponível em: <http://recs.it/it/contributideglesperti2012>. Acesso em: 05 mar. 2015.

76 É o caso, por exemplo, dos conselhos deliberativos das agências federais de desenvolvimento das três regiões menos desenvolvidas do país, órgãos máximos para a tomada de decisões relacionadas às regiões Nordeste (Sudene), Norte (Sudam) e Centro-Oeste (Sudeco), cuja presidência compete ao presidente da república.

77 Certamente existem conselhos gestores de políticas públicas que contam com a participação popular noutras esferas de governo, mas, pela maioria numérica, os conselhos municipais são os que mais chamam a atenção.

À evidência, não se quer dizer que a sociedade civil só atue junto às políticas gestadas no município – a própria Constituição da República prevê expressamente a participação da população em todos os níveis de governo em alguns casos, v.g., art. 204, II –, mas apenas acentuar que é perante a municipalidade que a participação popular pode ser enxergada com maior destaque.

Nesse contexto, o art. 29, XII, da Constituição Federal dispõe que o município deverá contar com a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Para tanto, os conselhos gestores apareceram como instrumento adequado a tanto, sendo criados por lei, integrados mediante uma composição paritária entre governo e sociedade civil.

Ditos conselhos consubstanciam uma instância de passagem obrigatória no processo de apuramento das decisões políticas, tendendo a crescer em número porquanto algumas políticas públicas são estruturadas com um formato de um sistema nacional que envolve União, Estados e municípios (saúde, educação, assistência social, etc.). Nesta seara, o exercício local de determinadas competências administrativas⁷⁸, bem como o recebimento de recursos públicos pelos entes políticos menores⁷⁹, é muitas vezes condicionado ao pleno funcionamento de um conselho gestor local que trate da política pública em fomento pelo ente político maior.

Ainda no que tange à concertação envolvendo entes públicos, vale citar os contratos de programa previstos na lei consórcios públicos (lei nº. 11.107/05), os quais visam regular a conjugação de esforços de entidades públicas com vistas a prestar uma gestão associada de serviços públicos que lhes são demandas em comum. Nesse caso, destacam-se os consórcios intermunicipais firmados no âmbito das regiões metropolitanas e nas regiões integradas de desenvolvimento econômico (RIDEs), os quais normalmente possuem como instância deliberativa máxima os conselhos ou assembleias gerais.

78 Tome-se como exemplo a competência municipal para emitir licenças ambientais, a qual se encontra condicionada ao funcionamento de um conselho municipal do meio ambiente, nos termos do art. 20 da resolução nº. 237 do Conama: “Art. 20. Os entes federados, para exercerem suas competências licenciatórias, deverão ter implementados os Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, possuir em seus quadros ou a sua disposição profissionais legalmente habilitados”.

79 GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas: Democracia, Controle Social e Instituições*. 110p. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2003. p. 40.

4.2 A preferência por ajustes bilaterais frente à tradicional atuação unilateral

Na linha do pensamento alemão, em que os contratos são firmados em substituição aos atos administrativos tradicionais com vistas à constituição, à alteração ou a extinção de direitos, é possível encontrar disposições normativas que facultam semelhante atuação administrativa no direito brasileiro. Nesses casos, o ajuste bilateral pode surgir como negócio jurídico precedente ou substitutivo ao ato administrativo.

Como exemplo da primeira hipótese, tem-se, no setor regulatório, o chamado compromisso de interesse da coletividade, previsto no *caput* do art. 135 da lei geral de telecomunicações (lei n.º 9.472/97⁸⁰), que surgiu como um ajuste bilateral que pode preceder a expedição de autorização de serviço de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Na hipótese, a agência possui a faculdade de dar contornos de consensualidade ao objeto visado pelo particular, fundamentando-se em “razões de caráter coletivo”⁸¹, que estão limitadas à obediência dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade.

Por sua vez, a alternativa de utilização dos ajustes bilaterais em lugar da prática tradicional dos atos administrativos encontra no exercício do poder administrativo sancionatório o seu maior ponto de consolidação. Note-se que, embora não se observe no cotidiano da burocracia do Estado uma invocação nominal à figura da administração pública consensual, seus fundamentos são constantemente lembrados para respaldar a difusão dos chamados acordos substitutivos.

Nessa seara, a transação vem a ser o mecanismo de consensualidade mais relevante, oportunizando ao poder público e aos particulares, mediante concessões recíprocas, acordarem em “pôr a termo a controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia”⁸². Lembrando a sua natureza contratual inequívoca, Orlando Gomes salienta que “embora a transação não se confunda com o distrato, que é o acordo puramente extintivo de obrigações contratuais

80 Art. 135: “A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”.

81 Art. 135, parágrafo único: “Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade”.

82 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 117.

tomadas na sua totalidade, visa a pôr termo a relações jurídicas. Nem por isso deixa de ser contrato”⁸³.

Como um dos instrumentos jurídicos capazes de dar forma às transações, o termo de ajustamento de conduta (TAC) é uma forma jurídica que ilustra bem a nova realidade da administração pública. Tendo como permissivo normativo geral o art. 5º, §6º, da lei nº. 7.347/85 (lei da ação civil pública), o TAC – que possui eficácia de título executivo extrajudicial – incorpora obrigações positivas e negativas para o administrado, deixando em suspenso um ato administrativo que poderia ser concretizado de plano. Assim, enquanto o particular estiver executando regularmente o objeto da transação, a administração pública fica impedida de adotar medidas unilaterais de império.

A título de antecedente histórico, antes de se generalizar com o TAC previsto na lei da ação civil pública, cujo rol de interesses protegidos é bastante amplo⁸⁴, a possibilidade de se firmar ajustes substitutivos teve como precedente mais antigo no direito brasileiro o termo de compromisso celebrado no setor do mercado de valores mobiliários, consoante norma prevista no art. 11, §5º, da lei nº. 6.385/76.

Por fim, deve-se ressaltar que as transações podem ocorrer não apenas entre particulares e entidades públicas, mas também entre os próprios organismos estatais, seguindo a mesma lógica daquilo que se aludiu como contratualização horizontal.

Com certa frequência, os órgãos e entidades da administração pública acabam se atritando, uma vez que a identificação do interesse público não é homogênea e, por conseguinte, as missões institucionais dos múltiplos organismos espelham essa variedade de valores protegidos juridicamente. O resultado disso pode ser muitas vezes uma anacrônica disputa judicial travada por entidades públicas, inclusive na mesma esfera de poder.

Em razão desse tipo de problema, foi criada, no âmbito da Advocacia-Geral da União, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, tendo como um dos seus objetivos conciliar os interesses divergentes dos órgãos e entidades da administração pública federal, e

83 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p.543.

84 De acordo com o artigo 1º da lei nº. 7.347/1985 são passíveis de proteção: o meio ambiente; o consumidor; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; qualquer interesse difuso ou coletivo; a ordem econômica; a ordem urbanística; a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e o patrimônio público e social.

entre estes e a administração pública dos Estados e do Distrito Federal. Na espécie, além de atuar na promoção da concertação prévia entre os organismos estatais, o órgão mediador também possui a finalidade de encerrar processos judiciais ou extrajudiciais por meio da conciliação dos envolvidos, convertendo ou prevenindo a aplicação de penalidades mediante acordos substitutivos.

5 CONCLUSÃO

O direito administrativo na era da administração pública consensual é um ramo jurídico que segue a esteira da democracia participativa, obedecendo a uma tendência universal que privilegia o estabelecimento de amplas negociações em detrimento do agir impositivo. Como resultado, o aprimoramento da governabilidade, a garantia de atenção a todos os interesses em jogo e a melhor aceitabilidade de decisões debatidas são benefícios inatos à maneira de governar pautada no consenso.

Nesse ambiente, diante de todas as potencialidades inerentes ao seu emprego como recurso ínsito ao consensualismo, o contrato deixa de ser mais um instrumento de conformação da liberdade individual aos interesses da administração para personificar a essência da boa administração pública⁸⁵. Em outras palavras, o contrato não representa apenas uma categoria jurídica, mas um novo estilo de gestão pública, colocando-se, a partir dos valores que exprime, “como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade”⁸⁶.

Por seu turno, as arenas públicas são essenciais ao processo de apuramento das políticas promovidas pelo Estado, garantindo a participação da sociedade e operacionalizando a busca do consenso como forma de validar o pluralismo político. Nesse espaço, sociedade civil e entidades públicas aferem a repercussão de projetos, debatem o direcionamento dos recursos públicos e deliberam acerca dos caminhos a serem trilhados para o atendimento das mais diversas finalidades públicas. Os interesses, portanto, contratualizam-se na arena pública.

Por outra via, o gestor público deve pautar sua atuação no agir cooperativo, preferindo obter soluções provenientes da concordância com os administrados, de modo a reservar o uso da autoridade apenas

85 ESTORNINHO, op. cit., p. 63.

86 ROPPO, op. cit., p. 346.

para as situações em que a negociação se mostre incabível e que o apelo à imperatividade seja indispensável⁸⁷.

Em suma, ao se oferecer à negociação e à participação democrática, a administração ganha no processo de densificação do interesse público e retoma o verdadeiro sentido de pacto social. Conseqüentemente, o direito administrativo haverá de refletir um arcabouço jurídico capaz de dar vazão à necessidade de coordenar, de negociar e de conciliar os múltiplos interesses congregados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administrative. *Actualité juridique: edition droit administratif*. Paris, v. 57, n. 11, p. 912-926, 2001.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 7, out., 2001. www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf.

AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. Disponível em: <www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/participacao.html>. Acesso em: 05 mar. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 16-23, 2009.

87 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Criação e função social da empresa estatal. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.

CALVÃO, Felipa Urbano. Contratos sobre o exercício de poderes públicos. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*. n. 1, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 327-370.

CASSESE, Sabino. Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 389-394, 2000.

_____. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, p. 901-912, 2004.

_____. A arena pública: novos paradigmas para o Estado. In: CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. Les fondements idéologiques du droit administratif français. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 2. Paris: PUF, p. 7, 1979. Disponível em: <www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/10/chevallier.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 105-106, p. 203-217, 2003. Disponível em: <<http://10.3917/rfap.105.0203>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

_____. Fundações e associações públicas de direito privado. In: COSTA, José de Faria (org.). *Boletim da Faculdade de Direito: Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 301-303.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 27, p. 181-208, 2003.

CUMYN, Michelle, La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social? *Les Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval*, Québec, v. 47, n. 4, p. 677-701, 2006. Disponível em: <<http://id.erudit.org/iderudit/043908ar>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

DENTE, Bruno. *Convivere com la governasse multilivello istruzioni per l'uso*. Disponível em: <http://recs.it/it/contributidegliesperti2012>. Acesso em: 05 mar. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 16, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39779>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

_____. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006.

FERNÁNDES, António Teixeira. Poder local e democracia. *Revista da Faculdade de Letras: Sociologia*, Porto, v. 2, p. 29-59, 1992.

GAUDIN Jean-Pierre. La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales. In: *Annuaire des collectivités locales: réforme de la décentralisation, réforme de l'État*. t. 24. Paris: Litec, 2004. p. 215-234. Disponível em: <<http://10.3406/coloc.2004.1540>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan., 1998.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas: Democracia, Controle Social e Instituições*. 110p. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*. 2. ed. Paris: Sirey, 1916.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York e London: W. M. Norton, 1999.

LEDDA, Franco. La partecipazione all'azione amministrativa. In: LEDDA, Franco. *Gli istituti della democrazia amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1996.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 74-82, 2009.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Antônio Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*, v. I, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 4-21.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Teoria do contrato administrativo*. São Paulo: USP, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 1994.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, n. 20, abr., 2005 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=30036>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social: (perspectiva iberoamericana)*. Murcia: Universidad, 1989.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006.

SCHWANKA, Cristiane; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 32, Abr., 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53672>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Criação e função social da empresa estatal. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

URUGUAI, Visconde do. Ensaio sobre o Direito Administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: 34, 2002. p. 67-504.

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *La hechura de las políticas*. México: Porrúa, 1992.

WALDRON, Jeremy. Participation: the right of rights. In: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The Commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002.

RECEBIDO EM: 17/09/2015
APROVADO EM: 14/12/2015

DESNECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL PARA A PRESTAÇÃO DE GARANTIAS PESSOAIS NA UNIÃO ESTÁVEL

*ANALYSIS OF THE NEED FOR SPOUSE'S CONSENT TO THE
PROVISION OF THIRD PARTY GUARANTEES IN A STABLE
MARITAL RELATIONSHIP*

*Gabriela Almeida Marcon
Procuradora Federal
Especialista em Direito Tributário
Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral
Mestranda em Administração*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Outorga Conjugal e Estado Familiar; 2 Fiança, Aval e Efeitos da Outorga Uxória nas Garantias Fidejussórias; 3 Distinções Jurídicas entre os Institutos do Casamento e da União Estável; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Através deste estudo propõe-se uma análise dos institutos da união estável e do casamento à luz de seus pressupostos jurídicos a fim de concluir se é imprescindível ou não a outorga uxória ou marital para a prestação de garantias fidejussórias por quem conviva em união estável, sobretudo, no que tange aos efeitos da concessão dessa garantia. Após necessária introdução, é abordada a questão da outorga conjugal e do estado familiar. Num segundo momento, analisa-se aspectos relevantes da fiança, do aval e dos efeitos da outorga uxória ou marital nas garantias fidejussórias. A seguir, revelam-se distinções jurídicas entre casamento e união estável. Não se trata de traçar distinções acerca do casamento e da união estável enquanto entidades familiares, porquanto a Constituição DE 1988 solapou tal discriminação. O exame circunscreve-se às características definidoras dos institutos. No decurso da exposição são abordadas decisões jurisprudenciais de Tribunais locais e do Superior Tribunal de Justiça. A publicidade, a boa-fé de terceiros e a segurança jurídica nos negócios são valores importantes para o nosso ordenamento, razão pela qual é pertinente o debate da temática abordada.

PALAVRAS-CHAVE: União Estável. Casamento. Outorga. Efeitos. Garantias Fidejussórias. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: This paper aims to analyze marital relationship and the institute of marriage in the light of its legal assumptions in order to conclude whether it is essential or not spouse's consent to provide fiduciary guarantees for whom coexist in a stable relationship, especially, within respect to the effects of the warranty. After introducing the ideas, is addressed the issue of spouse's consent and family status. Secondly, it analyzes relevant aspects of the personal guarantee, the indorsation and the effects of spouse consent in third party guarantees. Next, it presents the legal distinctions between marriage and marital relationship. This is not to draw distinctions about marriage and stable relationships as family entities, because the Constitution of 1988 undermined such discrimination. The examination is limited to the defining characteristics of the institutes. During the exhibition it covers court decisions of local courts and the Superior Court of Justice. Publicity, third party good faith and legal certainty in business are important values for our legislation, which is why it is pertinent to the discussion of the theme.

KEYWORDS: Marital Relationship. Marriage. Spouse's Consent; Fiduciary Guarantees. Legal Certainty.

INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo é a análise acurada dos argumentos teóricos favoráveis e contrários à necessidade de outorga uxória ou marital para a concessão de garantias fidejussórias na união estável. A doutrina não é uníssona sobre o tema, havendo muita digressão, razão pela qual se faz necessária a análise dos argumentos favoráveis e contrários.

Pode-se conceituar outorga uxória como a autorização franqueada por um dos cônjuges ao outro, para à prática de determinados atos, sem a qual estes não teriam validade, ante o disposto nos artigos 107, 219, 220, 1.647, 1.648, 1.649 e 1.650 do Código Civil/2002.

Garantia fidejussória, ou garantia pessoal, exprime a obrigação que um sujeito assume, ao asseverar a satisfação de obrigação alheia, caso não o faça o devedor originário/principal. Difere da garantia real, uma vez que neste caso a dívida é caucionada por um bem. Fiança e aval são garantias pessoais, todavia, a fiança ostenta natureza contratual, eminentemente de direito civil. O aval, por sua vez, é instituto de natureza cambial.

Mostra-se crucial para a construção de um entendimento consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, ante as evidentes distinções entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre ambos. Por distinções está-se referindo à dupla concepção do matrimônio, a saber, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos delimitados previamente no ordenamento – da qual se faz prova por meio de certidão, e, por outro lado, entidade familiar protegida pela Carta Magna, tal qual tantas outras formas de família.

A questão suscita, ademais, questionamentos acerca da proteção ao terceiro de boa-fé. A comunidade jurídica ainda não resolveu definitivamente esta celeuma, havendo opiniões diversas no campo doutrinário.

1 OUTORGA CONJUGAL E ESTADO FAMILIAR

Ao falar-se em outorga uxória ou marital adentra-se à seara do estado das pessoas, mais especificamente, o estado familiar. O termo ‘uxória’, do latim *uxor*, refere-se à mulher, por isso mais correto utilizar genericamente outorga ou vênua conjugal, para que não seja preciso realizar distinção de gênero. A pessoa natural identifica-se na sociedade pelo nome, pelo estado e pelo domicílio. O estado é a soma das qualificações da pessoa no meio em que vive, seu modo particular de existir.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves: “*A palavra ‘estado’ provém do latim status, empregada pelos romanos para designar os vários predicados integrantes da personalidade. Constitui, assim, a soma das qualificações da pessoa na sociedade, hábeis a produzir efeitos jurídicos*”. Outra importante definição extrai-se da doutrina de Planiol e Ripert: “*certas qualidades da pessoa, que a lei toma em consideração para ligar-lhes efeitos jurídicos*”². Estas qualidades devem ser inerentes ao indivíduo e não atreladas a fatores externos como sua profissão ou atividade.

Ainda de acordo com o Professor Carlos Roberto Gonçalves³:

No direito romano dava-se grande importância ao estado das pessoas, sendo considerado qualidade particular que determinava a capacidade. O status apresentava-se então sob três aspectos: liberdade, cidade e família (status libertatis, status civitatis e status familiae). Gozava de capacidade plena o indivíduo que reunia os três estados. A sua falta acarretava a capitis diminutio, que podia ser mínima, média e máxima.

No direito moderno sobreviveram apenas os dois últimos, nacionalidade ou estado político e o estado familiar.

A doutrina moderna, influenciada pelo Direito Romano, ainda distingue três diferentes estados da pessoa: individual, político e familiar. Estado familiar é o que indica a situação da pessoa natural no bojo da família, em relação ao estado civil e ao parentesco por afinidade ou consanguinidade.

Malgrado os autores em geral não considerem o estado de companheiro, a união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal. Trata-se de situação que produz efeitos jurídicos, conferindo a quem nela se encontra direito a alimentos, a meação, a benefícios previdenciários etc⁴.

O estado como elemento identificador da pessoa no seio da sociedade é também um aspecto de sua personalidade. Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 138.

2 PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. v. 1. Paris: LGDJ, 1952. p. 13.

3 GONÇALVES. op. cit., p. 138/139.

4 Ibidem, p. 139.

de direitos⁵. Insta consignar que não há diferenças entre homem e mulher na ordem inaugurada pela Constituição de 1988: “*A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas*”⁶.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama⁷.

A personalidade é, assim, conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos, homens e mulheres, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais à vida, à liberdade e igualdade⁸. É o disposto no artigo 1647, III, do Código Civil de 2002: “*Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: III - prestar fiança ou aval*”.

Nesse sentido, necessário o comparecimento de ambos para que o negócio jurídico seja efetivado. Todavia traz a lei uma ressalva. Dispõe o caput do artigo, in fine, que, para os casados no regime da separação absoluta de bens, não haverá necessidade de outorga uxória⁹.

A outorga uxória ou marital é instituto que não afeta a capacidade civil dos cônjuges, mas constitui-se em aspecto do estado familiar que limita a capacidade de disposição de direitos e bens. Importante lembrar que a capacidade jurídica difere da legitimação para praticar determinado ato.

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de direito ou de gozo, também denominada capacidade de aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral,

5 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

6 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32.

7 *Ibidem*.

8 VALLADÃO, Haroldo. Capacidade de Direito. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 13, São Paulo: Saraiva. p. 34.

9 REZENDE, Afonso Celso Furtado de; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 6. ed. Campinas - SP: Millenium, 2010. p. 209/210.

independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações etc. Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém dele titular¹⁰.

A legitimação, por sua vez, “é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos, uma espécie de capacidade especial exigida em certas situações”¹¹.

A falta de legitimação alcança pessoas impedidas de praticar certos atos jurídicos, sem serem incapazes, como por exemplo, o tutor, proibido de adquirir bens do tutelado (CC, art. 1.749, I); o casado, exceto no regime da separação absoluta de bens, de alienar imóveis sem a outorga do outro cônjuge (art. 1.647); os tutores ou curadores de dar em comodato os bens confiados a sua guarda sem autorização especial (art. 580) etc.¹²

Nota-se, portanto, que o estado de casado afeta, na hipótese de prestação de garantias pessoais, não a capacidade das partes, mas a legitimação. Isto porque isoladamente nenhum dos cônjuges – exceto no regime da separação absoluta de bens – poderá prestar fiança ou aval. Há autores os quais sustentam que após a entrada em vigor do novo código civil não se deveria exigir outorga nos casos de separação obrigatória de bens. Isto porque, em seu pensar, “*o regime da separação absoluta é um gênero, do qual são espécies o regime da separação legal ou obrigatória e o regime da separação de bens efetivada por Escritura Pública de Pacto Antenupcial*”¹³.

Predomina, no entanto, entre os juristas o entendimento de que a separação obrigatória (art. 1.641 do CC/02) demanda a outorga uxória, em virtude do disposto no enunciado n. 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado sob a égide do Código Civil de 1916, a saber: “*No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”¹⁴. Afonso Celso Furtado Rezende e Carlos

10 GONÇALVES. op. cit., p. 71/72.

11 Ibidem, p. 72.

12 Ibidem, p. 73.

13 REZENDE, op. cit., p. 210.

14 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula 377*. Sessão Plenária de 03/04/1964. DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277.

Fernando Brasil Chaves discordam, ponderadamente, nos seguintes termos:

Afigura-se que a regra objetivada pelo legislador do Código/2002 seria a de que a Súmula continuaria, sim, a ser aplicada, mas tão somente no relativo aos casamentos realizados antes da entrada em vigor do novo Código, por força do disposto no art. 2.039. À exceção de juízo diverso, deduz-se que a Súmula não foi recepcionada pela nova ordem civil, quando se tratar de casamentos realizados no novo ordenamento, conforme a disposição do artigo 1.647, I, do Código Civil, mantendo-se, entretanto, no sentido de preservar o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito¹⁵.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, soberano em matéria de legislação federal, é de que a exegese da Súmula 377 do STF aplica-se atualmente, mesmo para os casamentos ocorridos após a entrada em vigor do novo Código Civil.

Nessa senda:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. DOAÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO EM REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. OUTORGA UXÓRIA. NECESSIDADE. FINALIDADE. RESGUARDO DO DIREITO À POSSÍVEL MEAÇÃO. FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. 2. Controvérsia sobre a aplicação da Súmula n. 377 do STF. 3. Casamento regido pela separação obrigatória. Aquisição de bens durante a constância do casamento. Esforço comum. Contribuição indireta. Súmula n. 7 do STJ. 4. Necessidade do consentimento do cônjuge. Finalidade. Resguardo da possível meação. Plausibilidade da tese jurídica invocada pela Corte originária. 5. Interpretação do art. 1.647 do Código Civil. 6. Precedente da Terceira Turma deste Sodalício: *“A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo*

15 REZENDE, op. cit., p.210/211.

matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.” (REsp n. 1.163.074, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 4-2-2010). 6. Recurso especial improvido¹⁶, (grifou-se).

No mesmo norte:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO. 1. *É necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.* 2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. 3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil. 4. Recurso especial provido¹⁷. (Grifou-se).

Logo, a despeito de entendimento em sentido contrário, carecerá de legitimação para a prestação de garantia fidejussória o consorte casado sob o regime da separação obrigatória prevista no artigo 1.641 do CC/02 sem a anuência de seu cônjuge.

16 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1199790/MG*, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011.

17 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1163074/PB*, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010.

2 FIANÇA, AVAL E EFEITOS DA OUTORGA UXÓRIA NAS GARANTIAS FIDEJUSSÓRIAS

São diversos os meios de assegurar um estado de fato a que corresponda um direito, visando suprir insuficiência patrimonial do devedor. Fiança e aval, apesar de serem ambos os institutos garantias pessoais, possuem naturezas jurídicas absolutamente distintas.

A fiança é “o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar ao credor o que a este deve um terceiro. Alguém estranho à relação obrigacional originária, denominado fiador, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor”¹⁸. É garantia pessoal porquanto alicerçada na confiança depositada na pessoa do fiador, considerando seu patrimônio, suficiente a responder pela obrigação. “O fiador é um devedor acessório, subsidiário, eventual, desde que somente pelo inadimplemento da obrigação por parte do devedor principal vem ser compelido ao seu cumprimento quando exigido”¹⁹.

O contrato de fiança deve ser celebrado por escrito, bem assim o mandato conferindo poderes para a prestação de fiança deve ser específico e expresso, declarando a vontade do mandante para a garantia. A fiança pode ter valor inferior ao da obrigação principal, bem como ser contraída em condições menos onerosas. A solidariedade pode ser excluída.

Trata-se de modalidade contratual de natureza acessória, porque só existe como garantia da obrigação de outrem, sendo muito frequente no mundo dos negócios, particularmente como adjeto à locação e a contratos bancários. [...] Nula a obrigação principal, a fiança desaparece, ‘exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor’ (CC, art. 824)²⁰.

Após o advento do Código Civil de 2002, é pacífico o entendimento de que a fiança deixará de produzir efeitos se anulada por sentença. “*Havendo a arguição de anulabilidade da fiança dada sem o devido consentimento, essa garantia será anulada não apenas quanto à metade do cônjuge que não deu o*

18 GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. III. Contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 526.

19 REZENDE, op. cit., p. 190.

20 GONÇALVES. op. cit, p. 526/527.

*seu consentimento, mas por inteiro*²¹. O aval, por sua vez, não tem natureza jurídica contratual. Está previsto de forma pormenorizada na Lei Uniforme de Genebra em matéria de letras de câmbio e notas promissórias (Decreto 57.663/1966). É um instituto de direito cambiário. Ato unilateral autônomo. Gera responsabilidade sempre solidária. *“Por este ato cambial de garantia, uma pessoa, chamada avalista, garante o pagamento do título em favor do devedor principal ou de um coobrigado. O devedor em favor de quem foi garantido o pagamento do título é chamado avalizado*²².

Interessante sopesar que, sob um viés econômico, a exigência de outorga para a prestação do aval em particular *“afeta a função primordial dos títulos de crédito que é a dinamicidade e a rapidez de sua circulação, bem como as características eminentemente cambiárias do aval*²³. *“O aval corresponde a uma garantia cambial, firmada por terceiro, garantindo o pagamento do título. Na realidade, estabelece-se uma garantia fidejussória específica dos títulos de crédito*²⁴. O aval resulta da simples assinatura do avalista no anverso do título. *“Se o avalista pretender firmar o verso do título, somente poderá fazê-lo identificando o ato praticado*²⁵.

O avalista é responsável da mesma forma que o seu avalizado, diz o art. 32 da LU (CC, art. 899). Isto não significa, contudo, uma atenuação do princípio da autonomia. A obrigação do avalista é autônoma em relação à do avalizado, como esclarece a própria lei. Eventual nulidade da obrigação do avalizado não compromete a do avalista. Quando a lei equiparou as responsabilidades de um e de outro coobrigado, pretendeu, em suma, apenas prescrever que o avalista responde pelo pagamento do título perante todos os credores do avalizado e, uma vez realizado o pagamento, poderá voltar-se contra todos os devedores do avalizado, além do próprio evidentemente²⁶.

Vê-se, portanto, que a garantia advinda do aval é muito mais ampla que a decorrente do contrato de fiança. “É princípio assente em todos os códigos que a fiança não pode ir além dos limites estabelecidos no

21 MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. *Outorga conjugal no aval: uma análise no plano da eficácia do fato jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 77.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296.

23 MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. *Outorga conjugal no aval: uma análise no plano da eficácia do fato jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 177.

24 GONÇALVES. op. cit., p. 615.

25 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 297.

26 Ibidem, p. 296.

contrato”²⁷. No caso do aval, eventuais direitos que beneficiem o avalizado não se estendem ao avalista, que não poderá se furtar do cumprimento da obrigação no vencimento consignado. O professor Fábio Ulhoa arremata a distinção entre os dois institutos:

O ato de garantia de efeitos não cambiais é a fiança, que se distingue do aval quanto à natureza da relação com a obrigação garantida. A obrigação do fiador é acessória em relação à do afiançado (CC, art. 837), ao passo que a obrigação do avalista é autônoma, independente da do avalizado (LU, art. 32). Como consequência desta distinção, a lei concede ao fiador o benefício de ordem (CC, art. 827), inexistente para o avalista²⁸.

A capacidade para ser fiador é genérica, como regra, podem ser fiadores todos aqueles que gozem da livre disposição de seus bens. O cônjuge, todavia, não poderá legitimamente prestar fiança – ressalvado o regime de separação absoluta de bens estabelecido mediante pacto antenupcial – sem a anuência do outro consorte. O mesmo vale para o aval.

Quanto aos efeitos, leciona Carlos Roberto Gonçalves²⁹:

Um cônjuge não pode, sem o consentimento do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança (CC, art. 1.647. III). A falta da aludida autorização torna o ato anulável (art. 1.649), estando legitimado a postular a anulação, “até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal”, somente o cônjuge que não deu a outorga, ou seus herdeiros, se já falecido, podendo, ainda, ser confirmado por ele, desde que “por instrumento público ou particular, autenticado” (arts. 172, 1.649, parágrafo único, e 1.650). O Código Civil de 2002 declara expressamente a anulabilidade do ato, afastando a tese da nulidade e pondo fim à antiga polêmica sobre a questão.

Na jurisprudência, porém, a discussão acerca dos efeitos da carência de outorga uxória ou marital ainda persiste e adquire novas feições. É certo que o enunciado n. 332 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça prevê que “*A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia*

27 GONÇALVES. op. cit., p. 529.

28 COELHO, op. cit., p. 297.

29 GONÇALVES. op. cit., p. 530.

*total da garantia*³⁰. A te se foi pacificada, à época da edição do enunciado, no sentido de que a fiança sem a outorga de um dos cônjuges, em contrato de locação, invalida, inclusive, a penhora efetivada sobre a meação do fiador³¹. Atualmente, porém, vem ganhando força o entendimento de que “a regra de nulidade integral da fiança prestada pelo cônjuge sem a outorga do outro cônjuge não incide no caso de informação inverídica quanto ao estado civil”³².

No mesmo sentir, colaciona-se:

AGRAVO REGIMENTAL E RECURSO ESPECIAL. FIANÇA. OMISSÃO DO FIADOR DE SEU ESTADO CIVIL. VALIDADE DA FIANÇA. PRECEDENTE DA CORTE. 1.- *Deve ser reconhecida a validade da fiança prestada sem outorga uxória em razão da má-fé do fiador na declaração de seu estado civil reconhecida pelo Tribunal de origem.* 2.- Questão já apreciada por esta Corte no julgamento do REsp 1.328.235/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 28/06/2013. 3.- Agravo Regimental improvido³³ (grifou-se).

Assim, não será anulada a garantia prestada sem outorga caso se verifique violação aos deveres laterais ou anexos da boa-fé objetiva. Neste caso, havendo boa-fé do consorte que não se obrigou, poderá ser resguardada a sua meação.

3 DISTINÇÕES JURÍDICAS ENTRE OS INSTITUTOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

É certo que a Constituição de 1988 não permite fazer distinções ou hierarquizar tipologias familiares: “A família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do art. 229 [...]”³⁴. “Trata-se a família de um núcleo social primário”³⁵.

30 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 332*. Decisão: 05/03/2008. DJe 13/03/2008. RSSTJ vol. 28 p. 11

31 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 525.765/RS*, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 29/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 325.

32 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração em Recurso Especial n. 1459299/DF*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 31/03/2015.

33 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1447925/MS*, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014.

34 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 850/851.

35 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 09.

A família é afirmada como base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se também como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e ³⁶seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também a união estável [...].

Tecidas estas considerações, é necessário ponderar que o casamento é um instituto jurídico dotado de formalidades legalmente estabelecidas, diferentemente da união estável que é uma situação de fato tutelada pelo direito em virtude dos vínculos e consequências que acarreta. Há distinções naturais entre ambos os institutos, que implicam disciplina jurídica diversa. A par de ser uma entidade familiar tal qual a união estável o casamento é, ainda, um ato jurídico formal e solene do qual decorrem efeitos jurídicos tipificados em lei.

Tanto é verdade que são institutos distintos que a própria Constituição Federal de 1988 assenta que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226, §3º)³⁷, disposição reproduzida no artigo 1.726 do Código Civil 2002. O estado civil não é alterado pela união estável. O *status* de casado somente se adquire após o casamento civil. Em união estável, o sujeito ostentará o estado civil de solteiro, divorciado ou viúvo, ou mesmo, de casado – quando comprovada a separação de fato. Presentemente a jurisprudência reconhece a união homoafetiva e a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça obriga a todos os Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais do País que realizem o casamento de casais do mesmo sexo, vedando a recusa à habilitação, celebração, bem como à conversão da união em casamento³⁸.

O casamento, referido pela primeira vez no ordenamento pátrio quando da Constituição de 1890³⁹, é a união legal com o efeito de estabelecer “*comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*” (CC, art. 1.511). A primeira das particularidades do casamento a ser destacada é a publicidade presumida: “*Na habilitação para o casamento,*

36 SILVA, op. cit., p. 850.

37 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

38 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 175, de 16 de maio de 2013*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acesso em: 03 jun. 2015.

39 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

os interessados, apresentando os documentos exigidos pela lei civil, requererão ao oficial do Registro do distrito de residência de um dos nubentes que lhes expeça certidão de que se acham habilitados para casar⁴⁰. “União legal é aquela celebrada com observância das formalidades exigidas na lei⁴¹. A lei regula a capacidade para casar, estabelece idade mínima, impedimentos e causas suspensivas. O matrimônio “vem a ser um contrato solene⁴² pelo qual duas pessoas se unem para constituir família e estabelecer comunhão de vida.

A união estável nem sempre é previamente constituída por meio de escritura pública. Está no plano dos fatos. Na maior parte dos casos, deve ser posteriormente comprovada a convivência familiar pública, contínua e duradoura, para os fins de obtenção dos direitos dela decorrentes (patrimoniais, previdenciários). Evidentemente, “inaceitável que se considere legal uma união de fato que para o casamento signifique espúria, incestuosa ou adúlterina⁴³. Poderá a união estável ser extinta pela simples vontade das partes, seja amigável ou litigiosamente. Não há necessidade de ato solene que formalize o término do relacionamento. Os critérios objetivos outrora estabelecidos em lei para o reconhecimento da união estável foram revogados já na década de 1990 pela Lei n. 9.278/96. “Não se inserem as exigências do período de tempo mínimo, e nem o estado da pessoa com a qual alguém se une⁴⁴. Além disto, as causas suspensivas para o casamento do artigo 1.523 do CC/02 não constituem óbice à caracterização da união estável.

Há controvérsia doutrinária sobre a qualidade de herdeiro necessário do companheiro, embora a jurisprudência a reconheça, uma vez que o artigo 1.845 do CC/02 não o apresenta em seu rol, a saber: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge⁴⁵. Cumpre mencionar que o termo união estável não se confunde com união livre, a qual tem maior alcance, “compreendendo todo relacionamento sexual e afetivo de pessoas, sem interessar se estão ou não impedidas de casar⁴⁶. Quando houver impedimento matrimonial (art. 1.521, CC/02) será a união concubinária ou adúlterina.

40 LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. *Notas e Registros Públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

41 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. v. 2, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

42 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

43 *Ibidem*, p. 895.

44 *Ibidem*, p. 894.

45 BRASIL. *Lei Federal n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 03 jun. 2015.

46 RIZZARDO, op. cit., p. 898.

Cumpra gizar que o regime de bens legal ou supletivo na união estável é o mesmo do casamento, qual seja, o regime da comunhão parcial de bens, pelo qual são considerados comuns os bens onerosamente adquiridos na constância da relação. É verdade que se a razão de ser da outorga “*decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento*”⁴⁷, tendo em conta que o regime supletivo é o mesmo para a união estável, a lógica parece aplicável também a estas uniões.

A necessidade de outorga conjugal perpassa, todavia, pelos aspectos jurídicos diferenciados entre casamento e união estável. A conclusão pela necessidade ou não de outorga tem implicação direta nos efeitos da garantia a ser prestada. Entendendo-se pela necessidade de anuência do companheiro na prestação de fiança ou aval, sua ausência, implica a invalidação da garantia. Ocorre que, no caso do casamento, o outro contratante tem meios de verificar documentalmente a existência do vínculo matrimonial, de modo que a sonegação desta informação, como visto, configura má-fé do prestador da garantia, afastando a aplicabilidade do enunciado n. 332 da Súmula do STJ.

Em se tratando, no entanto, de união estável, por vezes, à míngua de qualquer comprovação documental, exigir a outorga sob pena de anulabilidade, malferiria o princípio da segurança jurídica, porquanto tolheria do afiançado ou avalizado a certeza quanto à legitimação do garante. O Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade em que apreciou a matéria, assentou que não há nulidade na garantia pessoal em virtude da ausência de outorga do companheiro:

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ. 1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles. 2. *Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção*

47 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1199790/MG*, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011.

do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição. 3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de “segunda classe” pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica. 4. *A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável.* É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. 5. *Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.* 6. Recurso especial provido⁴⁸. (Grifou-se).

O entendimento do STJ, contudo, não é o mesmo esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, por sua vez, *mutatis mutandis*, entendeu:

A necessidade da denominada outorga uxória para alienar ou gravar o bem com ônus real também fora estendida aos conviventes em união estável, considerando a aplicação do regime da comunhão parcial de bens para os casos em que restarem reconhecida a referida união, salvo estipulação contratual em contrário, de modo que eiva de nulidade a hipoteca que recai sobre o bem do casal que não fora objeto de anuência por uma das partes⁴⁹ (grifou-se).

Ademais, analisando a necessidade de vênua conjugal para a prestação de fiança, assim se manifestou o Tribunal Catarinense:

⁴⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1299866/DF*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 21/03/2014.

⁴⁹ BRASIL. ESTADO DE SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Apelação Cível n. 2013.074674-2, de Laguna*, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 25-02-2014.

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - REQUERIMENTO DE ANULAÇÃO DA PENHORA REALIZADA SOBRE BEM DO CASAL CONVIVENTE EM UNIÃO ESTÁVEL - DÍVIDA DECORRENTE DE FIANÇA OFERTADA PELO COMPANHEIRO SEM A OUTORGA UXÓRIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RESERVA DA MEAÇÃO JÁ PERFECTIBILIZADA NA EXECUÇÃO. RECURSO DA EMBARGANTE - PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE NULIDADE DA FIANÇA - SUBSISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 235, III E 82 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO PARA FINS DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL DO NÚCLEO FAMILIAR - EXEGESE DO DISPOSTO NO § 3º, DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. - A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, conferiu à União Estável o status de entidade familiar, atribuindo aos conviventes idêntica proteção patrimonial outorgada ao casamento, verbis: “§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” *Deste modo, ante expressa determinação constitucional as disposições legais atinentes à proteção do patrimônio do núcleo familiar, a despeito do emprego nos textos de lei da expressão casamento, devem ser estendidas à famílias formadas pela união de fato (União Estável)*⁵⁰ (grifou-se).

A interpretação conferida ao artigo 1.647, III, do Código Civil pela Corte Catarinense, contudo, destitui de proteção o terceiro de boa-fé, a quem não foi dado o conhecimento da união estável. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo segue a mesma linha do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

EMBARGOS DE TERCEIRO. Companheira do executado. Execução de obrigação decorrente de fiança concedida pelo companheiro em contrato de locação firmado por sociedade empresária constituída pelo casal. Validade da fiança, independentemente de outorga conjugal. *A regra prevista no art. 1.647, III, do CC é aplicável apenas entre cônjuges formalmente casados, não entre conviventes em união estável.* Exceção do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90. Se ao fiador em contrato de locação não é autorizado invocar a proteção do bem de família, então, por uma

50 BRASIL. ESTADO DE SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Apelação Cível n. 2006.045706-3, de Blumenau*, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 05-10-2010.

questão de lógica, também não é autorizado à companheira que com ele reside no imóvel penhorado invocar essa mesma proteção, sob pena de se burlar o intuito da norma, tornando-a letra morta. Inaplicabilidade do art. 655-B do CPC. Dívida contraída em benefício da família, na forma do art. 1.664 do CC. Responsabilidade patrimonial secundária. Inteligência do art. 592, IV, do CPC. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido⁵¹.

Não se trata de desmerecer a união estável como entidade familiar, mas de reconhecer as distinções jurídicas no delineamento dos institutos. O casamento ocorre apenas após a habilitação e é registrado no Registro Civil das Pessoas Naturais, bem como, os eventuais pactos antenupciais têm assento no Livro-3 (Registro Auxiliar) dos Ofícios de Registro de Imóveis.

4 CONCLUSÕES

Verifica-se, por todo o exposto, que ao se entender pela desnecessidade de outorga uxória ou marital para a prestação de garantias fidejussórias na união estável não se está discriminando este instituto como entidade familiar, apenas se considera os diferentes aspectos jurídicos que o disciplinam quando comparado ao casamento, ato formal e solene.

É certo que como entidade familiar a constituição veda o olhar diferenciado entre casamento e união estável, tutelando ambos os institutos da mesma forma, em homenagem à dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da República em 1988, e também à liberdade do planejamento familiar. Ocorre que, sob a ótica estritamente legalista, não se pode olvidar que o casamento é ato jurídico formal e solene, que demanda prévia habilitação perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, choca-se com impedimentos expressamente estabelecidos em lei, havendo ampla publicidade de sua celebração – podendo ser declarado nulo, inexistente ou vir a ser invalidado, acaso desrespeite os requisitos legais.

A publicidade do estado civil dos cônjuges é, portanto, presumida. E o regime e bens do casamento facilmente verificável. A união estável, por sua vez, como regra geral, depende de posterior dilação probatória para o fim de restar caracterizada. O artigo 1.647 do Código Civil de 2002 não abarca, de modo expreso, os conviventes/companheiros. Traduz-se em restrição dirigida aos cônjuges.

51 BRASIL. ESTADO DE SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Civil em Embargos de Terceiro n. 0006142-22.2011.8.26.0006*. Relator: Gilson Delgado Miranda; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/04/2015; Data de registro: 30/04/2015.

Infere-se que a invalidação da garantia, fundada na falta de consentimento do companheiro, dependerá de fatores como a publicidade conferida à união estável e a demonstração de má-fé do afiançado ou avalizado. Em sendo a união estável passível de constatação inequívoca em prova documental pré-constituída (*v. g.* Escritura Pública Declaratória), é de ser exigida, por cautela, vênia do companheiro como medida de segurança jurídica, dado seu interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância da relação por ocasião de eventual dissolução.

Por outro lado, a mera união de fato, ainda que absolutamente inquestionável seu status constitucional de entidade familiar, não pode, por si só, servir de embasamento para postular-se a anulação de garantia pessoal prestada por um dos companheiros, uma vez que não se presume o conhecimento da união estável como é o caso do casamento – para o qual ocorreu prévia habilitação e ampla publicidade. Além disto, a sonogação da convivência *more uxório* quando da concessão da fiança ou do aval e o posterior pleito de anulação do ato por este motivo em específico configuraria quebra dos deveres laterais ou anexos da boa-fé objetiva, o que não pode ser admitido pelo ordenamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 175, de 16 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 03 jun. 2015.

BRASIL. ESTADO DE SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Apelação Cível n. 2013.074674-2*, de Laguna, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 25-02-2014.

BRASIL. ESTADO DE SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Apelação Cível n. 2006.045706-3*, de Blumenau, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 05-10-2010.

BRASIL. ESTADO DE SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Civil em Embargos de Terceiro n. 0006142-22.2011.8.26.0006*. Relator: Gilson Delgado Miranda; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/04/2015; Data de registro: 30/04/2015.

BRASIL. *Lei Federal n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 jun. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula 377*. Sessão Plenária de 03/04/1964. DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 332*. Decisão: 05/03/2008. DJe 13/03/2008. RSSTJ vol. 28 p. 11.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1163074/PB*, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 525.765/RS*, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 29/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 325.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1199790/MG*, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração em Recurso Especial n. 1459299/DF*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 31/03/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1447925/MS*, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1299866/DF*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 21/03/2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito Civil Brasileiro*. v. III. Contratos e atos unilaterais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito de família*. v. 2, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. *Notas e Registros Públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. *Outorga conjugal no aval: uma análise no plano da eficácia do fato jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. v. 1. Paris, LGDJ, 1952.

REZENDE, Afonso Celso Furtado de; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 6. ed. Campinas-SP: Millenium, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VALLADÃO, Haroldo. Capacidade de Direito. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 13, São Paulo: Saraiva.



RECEBIDO EM: 05/10/2015
APROVADO EM: 05/01/2016

**RACIONALIDADE NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO:
ANÁLISE DOS PADRÕES DECISÓRIOS
E DA RAZÃO FUNDANTE DA DECISÃO
NO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO
DE DESCUMPRIMENTO DE DIREITO
FUNDAMENTAL N.º 541**

***RATIONALITY IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME
COURT: ANALYSIS OF STANDARDS AND FOUNDING REASON
FOR THE DECISION IN THE TRIAL OF THE "ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL" N. 54***

Jone Fagner Rafael Maciel Correio
Procurador Federal
Procuradoria Federal no Estado do Rio Grande do Norte
Especialista em Direito Público pela UnB
Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN

¹ Trabalho finalizado na base de pesquisa Constituição Federal Brasileira e sua concretização pela Justiça Constitucional, capitaneada pelo Professor Doutor Leonardo Martins, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ADPF nº 54: o objeto da ação; 2 Suporte fático dos Direitos Fundamentais: âmbito de proteção, intervenções e delimitação para resolução de possíveis colisões; 3 A decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal: análise dos votos dos Ministros; 4 A decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal: análise dos votos dos Ministros; 4.1 Votos favoráveis à antecipação: a) suporte fático restrito; b) suporte fático amplo; 4.2 Votos contrários à interrupção; 5 A ementa do acórdão e o padrão decisório da Corte; 6 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente estudo analisa, embasado em uma hermenêutica pós-positivista dos direitos fundamentais, especialmente na concepção pertinente ao suporte fático destes direitos segundo exposto por Virgílio Afonso da Silva, os métodos ou padrões decisórios utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que tratou da antecipação terapêutica do parto dos fetos anencefálicos, de modo a avaliar a congruência dos fundamentos adotados, bem como se é possível extrair do julgado, a partir dos padrões utilizados, uma razão de decidir que confira racionalidade à atuação da Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Direitos fundamentais. Suporte Fático. Padrões de Decisão.

ABSTRACT: This study analyze based on the post positive hermeneutics of fundamental rights, specially in the concept of fatic support that was exposed by Virgílio Afonso da Silva, the methods and standards were utilized by judges of the Brazilian Supreme Court during the trial of the action “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” n. 54, in which argues the abortion of anencephalic fetuses, in order to evaluate the congruency adopted in the judgment, and if is possible to extract a reason from confirm the rationality of action in court based on the utilized standards.

KEYWORDS: Constitutional. Fundamental Rights. Fatic Support. Standards.

INTRODUÇÃO

O aumento da visibilidade do Supremo Tribunal Federal em vista do fato de participar de forma mais decisiva do cenário político nacional, principalmente quando é chamado a decidir questões de grande interesse e repercussão sociais, tem trazido, a reboque, críticas a uma atuação que se diz mais ativa no que se refere a questões que antes se pensavam afetas aos demais poderes Republicanos.

Essa maior visibilidade do Supremo Tribunal tem por causa a alteração respeitante ao significado emprestado ao texto Constitucional, que de mero enunciado de programas a serem cumpridos na medida das possibilidades e conveniências dos poderes políticos, passou a desempenhar função normativa²⁻³ e, portanto, cogente, sendo deslocado para o ponto de referência (ápice ou centro) do sistema normativo⁴.

Assim, se se promove a alteração do sentido pertinente à função da Constituição, cria-se, conseqüentemente, a demanda pela previsão de mecanismos de proteção e garantia de sua normatividade⁵⁻⁶, o que se faz na esteira de novos métodos de interpretação constitucional para além daqueles outrora considerados clássicos, o que confere um novo relevo e importância aos Tribunais e Cortes Constitucionais, eis que são trazidos

- 2 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- 3 MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.
- 4 Para uma breve abordagem do fenômeno de constitucionalização do direito, Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Cf. SARMENTO, Daniel (coordenador). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- 5 Segundo HESSE, (In: BENDA, Ernesto et all. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madri: Martial Pons, 2001. p.102): “[...] para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade, faz-se necessário estabelecer por toda parte não só estabelecer regulações materiais mais minuciosas, mas também prever formas de organização e normas de procedimento. [...] Frequentemente se creditam à organização e ao procedimento a qualificação de meios para alcançar um resultado conforme os direitos fundamentais e, desse modo, eficazmente assegura-los sob as atuais circunstâncias”. Tradução livre.
- 6 Leonardo Martins nos dá uma visão interessante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e na literatura jurídica alemã especializada, especificando três aspectos ou funções decorrentes dessa concepção, sendo elas: o caráter de normas de competência; a de vetor de interpretação e de configuração do direito infraconstitucional; e ao “*dever estatal de tutela*”, indo este último “*desde um dever de mera prevenção de riscos, passando por um dever de promoção da segurança, chegando a um dever absoluto de proibição de conduta a ser imposta pelo Estado*” (Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63).

ao cenário desses órgãos questões que antes lhes eram consideradas estranhas até mesmo pelo senso comum teórico-jurídico.

Ocorre que se maiores poderes são conferidos aos Tribunais ou Cortes Constitucionais em decorrência da normatividade e centralidade conferida à Constituição, maiores também são as responsabilidades desses órgãos quanto àquilo que decidem e, principalmente, sobre os motivos que os levaram a decidir em tal ou qual sentido, eis que muitas questões discutidas decorrem de situações de alta controvérsia social, por conterem fortes apelos morais – ainda que seja o direito, e não a moral, o fundamento para a tomada de decisão –, de modo que se exige a maior racionalidade possível da Corte quanto não só ao resultado do julgamento, mas ao percurso traçado até a ele chegar, racionalidade que deve fornecer à sociedade e também aos demais órgãos que compõem o judiciário a razão determinante para a tomada de decisões.

Nesse contexto, procuraremos fazer uma análise dessa responsabilidade decisória exigida do Supremo Tribunal Federal, mas limitaremos o nosso campo de observação para avaliarmos *apenas* os *padrões decisórios* (métodos de interpretação) utilizados pelos ministros quando da decisão do mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, que cuidou da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos (ou do aborto dos fetos anencefálicos), de modo a avaliarmos a congruência dos argumentos utilizados para formação de uma razão fundante que levou a Corte a decidir pela possibilidade da interrupção da gravidez.

Para tanto, faz-se necessário tecermos, ainda que de forma breve, comentários pertinentes ao suporte fático dos direitos fundamentais, bem como o seu âmbito de proteção, restrições e delimitações, o que faremos com base na exposição feita por Virgílio Afonso da Silva⁷, notadamente quanto à incompatibilidade de teorias pertinentes à concepção do suporte fático dos direitos fundamentais, eleição que tem por fundamento o fato de a definição teórico-dogmática utilizada pela Corte quando da interpretação/aplicação do direito se afigurar de suma importância para análise da logicidade de sua atuação⁸.

7 Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

8 A análise aqui empreendida, a partir da concepção de suporte fático exposta por Virgílio Afonso da Silva – que se embasa, por sua vez, na teoria dos princípios ou dos direitos fundamentais (Alexy) e a estruturante do direito (Müller) –, se insere em um contexto nominado de pós-positivista, ou seja, de reação ao método positivista, que poderia ser caracterizado por sua lógica formal-dedutivista de compreensão do fenômeno

Ressalte-se, por fim, que a análise a ser empreendida não se voltará para o conteúdo em si da decisão, ou seja, se foi ou não correto o resultado do julgado ou se o objeto discutido e a decisão proferida encontravam-se dentro dos limites de possibilidade respeitantes à competência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal, mas sim se a Corte se desincumbiu da responsabilidade de fixar padrões decisórios seguros e se os padrões adotados, caso existam mais de um, afiguraram-se compatíveis entre si.

1 A ADPF Nº 54: O OBJETO DA AÇÃO

A interpretação conferida pelos diversos juízes e tribunais brasileiros às causas de justificação contidas nos incisos I e II do art. 128 do Código Penal, de modo a excluir a ilicitude das condutas abortivas apenas nos casos descritos nos preceitos indicados (estupro ou risco de morte à gestante) levou a Confederação Nacional dos Profissionais na Saúde a propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, por meio da qual suscitou a inconstitucionalidade da referida interpretação, ao argumento de que ela vulneraria preceitos fundamentais, uma vez que a antecipação terapêutica dos fetos anencefálicos *não configuraria aborto* e, portanto, estaria *fora do âmbito de incidência do preceito punitivo* contido nos artigos 124 e 126, ambos do CP, de modo que todos que participassem e/ou consentissem com a sua realização não poderiam ser criminalmente punidos.

Os fundamentos jurídicos para indicar o cabimento da arguição no STF foram, além dos demais pressupostos formais de cabimento da ação, a vulneração: ao princípio da dignidade humana (art. 1º, IV); a cláusula geral de liberdade, extraível do princípio da legalidade (art. 5º, II) e o direito à saúde (art. 6º e 196), todos, evidentemente, contidos no texto constitucional, postulando a arguente que fosse declarada a inconstitucionalidade da interpretação que entendia proibida pelos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro a antecipação do parto dos fetos anencefálicos.

jurídico; pela negação da justificação do direito em bases metafísicas; pela consideração dos métodos clássicos de interpretação propostos pela escola histórica de Savigny (elementos lógico, gramatical, histórico e sistêmico) como prestantes à solução de todas as controvérsias existentes quanto aos limites de possibilidade do direito; pela separação entre direito e moral e, portanto, de fechamento para uma dimensão prática e valorativa. Cf. CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Para uma análise dos métodos de interpretação sistematizada por Savigny, Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. Para uma crítica pertinente a métodos mais prestantes Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Ao lado dessas informações, exsurge uma que se nos apresenta como primordial para análise da forma como decidida a questão pelos ministros e, ulteriormente, para a verificação da razão de decidir que os levaram a julgar procedente o pedido formulado, informação que diz respeito ao fato de o autor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) partir de uma conceituação precisa no que concerne ao direito à vida, tendo em vista o fato de considerar, na situação, que a antecipação terapêutica “situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária de gravidez viável”.

Isso porque sustenta, em virtude da *inviabilidade absoluta* da vida extrauterina do feto anencefálico, que se ele eventualmente nascer, haja vista a grande ocorrência de mortes intrauterinas, morrerá tão logo ocorra o parto (certeza que afirma incontestada), de forma que ausente se afiguraria a configuração da hipótese normativamente prevista para incidir na espécie o tipo incriminador contido nos artigos 124 e 126 do CP.

Assim, na situação, e segundo essa linha de raciocínio, não haveria dilemas morais e/ou direitos em conflito, defluindo da situação apenas vulnerações aos direitos fundamentais da gestante, que se via obrigada, segundo a interpretação que parcela considerável do judiciário brasileiro emprestava aos preceitos constitucionais e penais indicados, a gestar um feto *predeterminado* ao óbito.

Essa delimitação do objeto de discussão, pela autora da ação, importaria verificar se o âmbito de proteção do direito à vida contido no art. 5º, *caput*, da Constituição resguardaria o direito do feto anencefalo, ou, do contrário, se haveria na situação vulnerações apenas aos direitos da gestante em virtude de uma ação interventiva do Estado (legislativa e/ou judicial), a merecer, portanto, o devido controle de constitucionalidade, sendo, pois, necessário, fixar o suporte fático dos direitos em análise, seu âmbito de proteção, restrições, intervenções e suas justificações constitucionais⁹.

9 Uma análise mais analítica e promotora de segurança jurídica, inclusive para fixação do parâmetro de análise dos direitos fundamentais, pode ser realizada a partir da concepção liberal dos direitos fundamentais mediante a aplicação da regra da proporcionalidade *lato sensu* (que afasta a aplicação do critério do sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito). Cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

2 SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, INTERVENÇÕES E DELIMITAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE POSSÍVEIS COLISÕES

A análise do que se pode conceber como o suporte fático dos direitos fundamentais; o que protege; contra quem; as possíveis restrições ou intervenções, se afigura importante para a correta avaliação das teorias pertinentes à resolução de questões que tenham por base situações fáticas protegidas, ainda que *prima facie*, por direitos fundamentais, pois é somente a partir da fixação de balizas precisas que se conseguirá um mínimo de racionalidade decisória na solução de questões constitucionais¹⁰.

Embora faça distinção entre *suporte fático* e *âmbito de proteção* dos direitos fundamentais a depender da norma de direito fundamental que se trate (direitos de defesa, normas permissivas, direitos a prestações), Robert Alexy afirma existir entre os dois conceitos, quando estejam a ser analisados como contraparte ao conceito de restrição, a similaridade de garantirem o que será protegido *prima facie*¹¹, sem tomar em conta as possíveis restrições, tanto que afirmou essa proximidade especificamente nessa contraposição às possíveis limitações que poderiam sofrer.

Prossegue Alexy afirmando que se em relação às normas permissivas dos direitos fundamentais não teríamos tantas dificuldades, sendo possível a construção do suporte fático de determinado direito fundamental de modo a nele inserir todas as condutas que o realizariam, havendo assim uma coincidência entre o âmbito do protegido e o suporte fático, dessa construção podendo, ainda, dessumir-se o bem ou o interesse protegido¹², essa facilidade não se repetiria no que

10 Segundo Virgílio Afonso da Silva: “A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por *suporte fático*; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático”. Op. Cit. Malheiros, 2009. p. 68.

11 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302.

12 *Ibidem*, p. 303.

concerne aos direitos de defesa¹³⁻¹⁴, sendo, pois, recomendável quanto a eles a inserção das possíveis intervenções que poderia o direito fundamental sofrer no conceito de suporte fático.

Tal construção se faria necessária na medida em que o âmbito de proteção *prima facie* depende tanto do conceito do suporte fático de determinado direito fundamental, como do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção¹⁵, de modo que ainda que se tenha uma concepção elasticada respeitante ao bem ou interesse protegido, a inserção do conceito de intervenção no conceito de suporte fático pode terminar por restringi-lo¹⁶. Contudo, a congruência entre suporte fático e âmbito de proteção, nessa construção (inserção do conceito de intervenção no de suporte fático), obter-se-á a partir da atribuição de um sentido amplo ao âmbito de proteção, de modo a nele integrar tudo o que seja, referente a um determinado direito fundamental de resistência (direito negativo ou de defesa), proibido *prima facie*¹⁷.

Essa concepção é bem explicitada – e também parcialmente criticada – por Virgílio Afonso da Silva, pois afirma o autor brasileiro que Alexy não acrescenta à composição de suporte fático (âmbito de proteção e intervenção) o critério de contraposição pertinente à fundamentação constitucional da intervenção¹⁸. Para Virgílio Afonso

13 Embora não haja concordância doutrinária quanto ao que se possa conceber como direitos de defesa, Alexy discorda da sua identificação com aqueles que se inserem como integrantes ou formadores do *status negativus* dos direitos fundamentais na relação entre cidadão e Estado, segundo a teoria dos *status* de Jellinek, como se vê da seguinte passagem de sua teoria dos direitos fundamentais: “Quando se fala, na literatura, em *status negativus*, faz-se menção, na maioria das vezes, aos direitos de defesa, ou seja, aos direitos, em face do Estado, a ações negativas. No entanto, isso seria contraditório com as considerações feitas por Jellinek”. Para ele, os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: “O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito” (In: ALEXY, op. cit. p. 258 e 196). Em sentido contrário, Gilmar Mendes faz essa ligação direta entre *status negativus*, segundo a teoria de Jellinek, e direitos de defesa. In: MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

14 Para uma caracterização dos direitos fundamentais como direitos de resistência (e não de defesa), Cf. MARTINS, op. cit.

15 ALEXY, op. cit. p. 305.

16 *Ibidem*, p. 305.

17 *Ibidem*, p. 306.

18 - E aqui reside a crítica de Virgílio Afonso da Silva, pois ele não concebe a formulação de Alexy respeitante à conceituação do suporte fático sem nele inserir o conceito de fundamentação constitucional da intervenção, aventando, assim, dois problemas: um respeitante à definição em si do conceito de suporte fático, que não deveria limitar-se a junção de âmbito de proteção e intervenção estatal, mas englobar conjuntamente a

da Silva, a concepção de suporte fático engloba o âmbito de proteção, a intervenção e a justificação constitucional¹⁹.

A construção feita por Alexy baseia-se na “relação entre os conceitos de intervenção, de bem protegido, de restrição e de proibição definitiva *prima facie* (direito definitivo e *prima facie*)”, relações essas expressas por meio de duas leis, as quais denomina de *leis de intervenção*, e de *duas contraposições*²⁰, sendo elas:

(I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.

(II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.

(I') Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelos direitos fundamentais não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.

(II') Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição.²¹

A teoria de Alexy aceita a existência de colisão entre direitos fundamentais, pois como tem por pressuposta a amplitude do suporte fático de modo a abarcar *prima facie* todos os bens (ações, estados ou posições) protegidos e que possam ser inseridos no âmbito de proteção de um direito fundamental, inevitavelmente anui com a situação de possíveis choques entre direitos numa situação concreta de aplicação e que eventualmente se contraponham, voltando sua análise para o conceito de intervenção, a partir de sua justificação constitucional, pois será nessa análise que se

fundamentação constitucional; outro de ordem lógico-formal, pois essa fundamentação constitucional incide apenas em um dos fatores, a intervenção estatal, e não em todos que compõem a operação. Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74/75.

19 Ibidem, 73/74.

20 ALEXY, op. cit., p. 306.

21 Ibidem, p. 306.

determinará o que será ou não definitivamente protegido, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

Da análise dessa concepção, bem como das leis de intervenção e contraposições logo acima transcritas, e cotejando-as com o objeto da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental proposta pertinente ao direito à interrupção da gravidez quando estiver a mulher a gestar um feto anencefálico, a procedência do pedido decorreria, a partir da concepção de um suporte fático amplo e da aceitação de uma colisão de direitos fundamentais, da resposta ao seguinte problema:

Na situação concreta de aplicação, pertinente à gestação dos fetos anencefálicos, sendo eles titulares *prima facie* do direito à vida pelo que consta do art. 5º, *caput*, da Constituição (o suporte fático é amplo), e sendo às gestantes conferido também *prima facie* o direito à dignidade, liberdade e saúde, a decisão quanto ao direito definitivamente protegido deve se dar, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, por meio de uma análise feita a partir do princípio da proporcionalidade, mediante a avaliação da adequação, necessidade e, quando da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), do grau de não satisfação ou interferência do princípio com menor peso, do grau de satisfação daquele de maior peso, e, por fim, do grau de importância da prevalência daquele possuidor de maior peso, que justificará a não satisfação daquele outro.²²

Essa, todavia, lembremos, não era a concepção defendida na inicial da ADPF, pois parte a autora da ação de uma concepção *restrita* (quanto ao suporte fático) pertinente ao direito fundamental à vida, protegido pelo art. 5º, *caput*, da CF, tanto que arguiu não haver na situação debatida escolhas ou dilemas morais, uma vez o bem jurídico *vida* não estaria sofrendo quaisquer restrições e, portanto, não ingressaria na discussão pertinente à possibilidade da antecipação terapêutica do parto, não constituindo, pois, intervenção em um bem protegido por um direito fundamental. Da inicial da ADPF colhe-se a argumentação abaixo, que evidencia essa concepção:

No início desta peça, mencionou-se que a hipótese aqui em exame não envolve os elementos discutidos quando o tema é aborto. De fato, a discussão jurídica acerca da interrupção da gravidez de um feto

²² Para Alexy: "A lei de ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos. No primeiro passo é preciso definir o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios. Em seguida, no segundo passo, se define a importância da satisfação do princípio contrário. Finalmente, no terceiro passo, deve definir se a importância de satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não satisfação do outro" (tradução livre). In: *Epílogo a la Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios, 2004. p. 49.

viável envolve ponderação de bens supostamente em tensão: de um lado, a potencialidade da vida do nascituro e, do outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante. Como já referido, no caso de feto anencéfalo, há certeza científica de que o feto não tem potencialidade de vida extrauterina.²³

Assim, o bem vida juridicamente protegido para a argente em relação aos fetos exigiria a determinação científica de sua *potencial viabilidade extrauterina*, de modo que, em não havendo, ou seja, ao se ter um prognóstico científico com indiscutível margem de certeza pertinente à inviabilidade da vida extrauterina do feto, o âmbito de proteção do direito à vida resguardado pela Constituição não o protegeria.

Isso fez com que toda a argumentação desenvolvida mirasse apenas em direção aos direitos da gestante, que, segundo alegado, estariam sendo vulnerados ao se vedar a interrupção da gravidez.

Ou seja, fetos portadores de diagnósticos severos quanto à *potencial viabilidade extrauterina* estariam excluídos do âmbito de proteção do direito à vida, de modo que a inviolabilidade garantida pelo texto constitucional (art. 5º, *caput*) e a proteção conferida pela criminalização de condutas atentatórias a esse direito não o resguardariam²⁴. Para a autora da ação, a resolução dar-se-ia pela análise da seguinte hipótese:

Se o direito à antecipação do parto de fetos anencefálicos é protegido pelo âmbito de proteção do princípio da dignidade, do direito de liberdade e do direito à saúde da gestante, e inexistente uma fundamentação constitucional apta a justificar a intervenção estatal respeitante à

23 Trecho retirado da petição inicial da ADPF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 out. 2015.

24 A tipificação penal de condutas demonstra uma das faces dos direitos fundamentais dirigidos ao Estado, que não deve limitar-se a não intervir injustificadamente em determinados bens juridicamente protegidos, mas promover a sua proteção mediante a criação de instrumentos que garantam a não intervenção também de terceiros. Nesse sentido: MENDES, op. cit., p. 11/12. HESSE, op. cit., p. 104: “O ponto de partida foi a teoria dos direitos fundamentais como princípios objetivos (cf. número marginal 23) que obrigam o Estado a dispor dos meios necessários para torná-los efetivos. Por conseguinte, dos direitos fundamentais pode resultar diretamente uma obrigação estatal de preservar um bem jurídico protegido mediante os direitos fundamentais contra lesões e ameaças provenientes de terceiros, sobretudo de caráter privado, mas também de outros Estados, isto é, de pessoas e poderes que não são destinatários de direitos fundamentais. Essa obrigação tem uma importância prática sobretudo em se tratando dos direitos fundamentais à vida e à integridade física (art. 2º GG), assim como à proteção do nascituro, à proteção ante os danos derivados da energia nuclear, à proteção em razão de prejuízos produzidos pelo ruído do tráfego aéreo e viário, ou ante os riscos derivados do depósito de armas químicas”. Sobre o tema Cf. também MARTINS, op. cit.

criminalização desse proceder, tal como tipificado nos arts. 124 e 126, ambos do CP, a consequência seria a necessidade de se determinar a cessação dessa intervenção inconstitucional, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade da criminalização da antecipação terapêutica.²⁵

Vê-se, portanto, que o suporte fático descrito pela autora da ação mais se assemelha ao daqueles que defendem a delimitação²⁶ dos direitos fundamentais, de modo a traçar-lhes o conteúdo e, portanto, limites de proteção, e que consideram inaplicável, por qual motivo for, a doutrina da ponderação ou sopesamento.

Segundo exposto por Virgílio Afonso da Silva, um dos maiores defensores da concepção de um suporte fático restrito pertinente aos direitos fundamentais é Friedrich Müller, que apoiado em sua complexa teoria estruturante (e os seus conceitos de programa normativo e âmbito normativo), promove a classificação da reserva da natureza jurídica dos direitos fundamentais como delimitador do conteúdo do direito fundamental, como nos dá conta Alexy na seguinte passagem:

De acordo com Müller, contudo, essa ‘reserva da qualidade jurídica’ não significa de forma alguma que todas as normas de direito fundamentais ou têm uma cláusula de restrição escrita ou devem ser providas com uma cláusula não-escrita. Isso é exatamente o que ele rejeita taxativamente. Na verdade, o que se afirma é que ‘à garantia de *cada* direito fundamental são impostos limites materiais, em razão de sua qualidade jurídica’. Por isso, de acordo com a ‘concepção de norma, [*que subjaz à sua teoria*] [...] a definição dos limites das garantias materiais dos direitos fundamentais, [...] não é feita por meio de anexos não-escritos, mas por meio de um conteúdo normativo expresso, isto é, da *extensão material-normativa* do *âmbito normativo* formulado, sugerido [...] ou inequivocamente pressuposto pelo texto do dispositivo’. ‘A definição de ‘limites’ e a definição de ‘conteúdos’ deve, portanto, ‘expressar substancialmente a mesma coisa’. ‘A questão dogmática primária não [*deve ser*] de forma alguma a maneira pela qual um direito fundamental pode ser restringido, mas sim o quão extenso é o seu

25 Ao que se nos parece, no caso, somente seria possível declarar inconstitucional a omissão legislativa em não adicionar mais uma causa de justificação permissiva da interrupção da gravidez, pois não se poderia considerar a antecipação propugnada como já inserida nas textuais hipóteses constantes do art. 128, I e II, do CP. Assim, o suporte fático dos direitos da gestante seria composto pelo âmbito do protegido e pela ausência de justificação constitucional da intervenção estatal nesses direitos, que criminalizariam a conduta daquelas que quisessem promover a antecipação do parto.

26 SILVA, op. cit., p. 86

conteúdo de validade, a ser desenvolvido a partir da garantia do *âmbito da norma* [...] e de sua expressão por meio do programa normativo do direito fundamental”²⁷.

Uma das exemplificações da delimitação dos direitos fundamentais é o caso do pintor que pretende exercer a sua arte em um cruzamento movimentado, de forma que se a atividade de pintar está compreendida no programa normativo pertinente à liberdade artística, o seu exercício em um cruzamento não está protegido por esse mesmo direito, de modo que a solução não se daria por uma eventual ponderação dos valores envolvidos, mas pela simples delimitação dos contornos do direito fundamental, que extrairia do seu âmbito normativo a atividade que com ele não possuiria uma conexão material²⁸.

Dessa forma, para aqueles que partem de um suporte fático restrito pertinente aos direitos fundamentais, especificamente para o caso em debate, se a posição dos anencéfalos não se inserir no âmbito do definitivamente protegido pelo direito fundamental à vida, ou seja, se aquelas situações presentes no contexto social e que foram previamente selecionadas pelo programa normativo como áreas a serem normatizadas não abarcarem a situação dos anencéfalos, a resolução da situação já se encontra definida pela própria estrutura dos direitos fundamentais, o que tornaria prescindível qualquer consideração pertinente a uma pretensa colisão a ser solucionada por critérios valorativos de escolhas, como se dá na ponderação.

A exposição, ainda que breve, dessas duas concepções respeitantes à teoria dos direitos fundamentais, notadamente no que pertinente ao conceito de suporte fático, tem por meta evidenciar a forma como respondem à pergunta pertinente ao que é protegido por um determinado direito fundamental, pois para os que aderem a uma concepção de suporte restrito, a definição deste já é a definição “*daquilo que é definitivamente protegido*”, enquanto para os defensores de um suporte amplo, “*definir o que é protegido é apenas um primeiro passo*”²⁹, pois as situações concretas da vida é que, ao serem analisadas, viabilizarão a determinação quanto ao que é definitivamente protegido³⁰.

27 ALEXY, op. cit., p. 310-311.

28 Ibidem, p. 313.

29 SILVA, op. cit., p. 109.

30 Ibidem, p. 109.

Conseqüentemente, percebe-se a discordância fundamental entre os seus pressupostos, de modo que não podem ser consideradas intercambiáveis, mas mais propriamente excludentes, bastando atentar que, para Müller, o sopesamento é “*um método irracional, uma mistura de ‘sugestionamento lingüístico’, ‘pré-compreensões mal-esclarecidas’ e ‘envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos’*”³¹.

3 A DECISÃO DE MÉRITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS

Fixado o objeto da ação; a premissa que partiu a autora da ação para considerar constitucionalmente autorizada a interrupção e, conseqüentemente, proibida constitucionalmente a criminalização da conduta descrita; as teorias respeitantes ao que se pode entender como pertinente ao suporte fático dos direitos fundamentais e a forma como buscam solucionar questões práticas, analisaremos agora os argumentos deduzidos por cada ministro da Suprema Corte brasileira mediante uma divisão que nos possibilite averiguar os métodos que fundamentaram a decisão que proferiram.

Para tanto, promoveremos a divisão entre os ministros que julgaram procedente o pedido e aqueles que julgaram improcedente. Depois, buscaremos identificar as teses concordantes em cada um desses dois grupos, bem como as teses que foram esboçadas por apenas um ministro. Somente depois, mediante a análise do conjunto do julgado, respeitante aos fundamentos utilizados, a conclusão individual de cada ministro (o dispositivo do voto) e a ementa do acórdão, promoveremos a análise que nos lançamos no presente estudo.

3.1 Votos favoráveis à antecipação

a) Suporte fático restrito

A premissa pertinente a uma concepção restrita do direito à vida, de modo a ligá-lo a um necessário *potencial de viabilidade extrauterina* para que pudesse ser o feto dele titular, tal como descrito no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e, conseqüentemente, vítima do crime cuja proibição vem descrita nos artigos 124 e 126 do CP, foi a adotada pelo Ministro Marco Aurélio, tanto que inicia o seu voto afirmando que a ausência de cérebro e a *inviabilidade extrauterina da vida*, uma vez que a totalidade

31 MÜLLER, Friedrich *apud* SILVA, op. cit. p. 137.

dos fetos anencefálicos morreriam no curso da gravidez ou logo após a cirurgia de retirada do útero materno, seriam fatores suficientes para firmar a premissa da ausência de direito à vida³², de modo que haveria na situação um *conflito apenas aparente*, mas *não real*, entre *direitos fundamentais*.

Por decorrência, ter-se-ia apenas uma situação de ordem fática (gestação de um anencéfalo), que não integraria o suporte fático específico do direito fundamental à vida que tornasse o feto, por isso, merecedor de sua proteção, e os direitos de dignidade, liberdade e personalidade da gestante³³, que a ela possibilitariam a antecipação terapêutica do parto³⁴.

Assim, não havendo *potencialidade* do feto anencefálico *tornar-se pessoa*, o direito à vida e outros também considerados fundamentais para o nosso sistema constitucional não o protegeriam, desaguando, por idêntico fundamento, na impossibilidade de se invocar a norma penal incriminadora do aborto para proteção de um bem jurídico não tutelado, até porque, na situação, restaria ausente um dos elementos do tipo penal. Ou seja, para o Ministro Marco Aurélio, “a *potencialidade de algo para se tornar pessoa humana*” é que faz merecer a proteção constitucional e infraconstitucional garantida pela inviolabilidade do direito à vida resguardado no art. 5º,

32 “Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida”. (Min. Marco Aurélio. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

33 “Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito”. (Min. Marco Aurélio. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

34 “[...] destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do *indivíduo-pessoa*, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. No segundo trecho, este Tribunal assentou que ‘a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica’. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante”.

caput, da CF, potencialidade essa que, ausente no anencéfalo, o excluiria do suporte fático do citado direito e, logicamente, afastaria a incidência do tipo penal.

Extrai-se de fundamental dessa passagem contida no voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que não é toda e qualquer expressão daquilo que se poderia conceber como vida que receberia uma proteção contra quaisquer intervenções ou restrições, em vista do fato de inserir no conceito daquilo que entendeu como pertinente ao direito à vida a “potencialidade para se tornar [ou para se manter] pessoa humana”.

Da fundamentação do voto do Ministro Ayres Britto não é possível extrair de forma clara se ele concebe o direito à vida como não protetor do anencéfalo (suporte restrito), ou se a crueza da situação imposta à mãe de gestar um feto predeterminado ao óbito seria tão ignominiosa quanto à situação de se impor a gestante a obrigação de gerir um filho fruto de um estupro (argumentos tópicos), o que permitiria, tal como nas causas de justificação contidas no art. 128 do CP, a antecipação terapêutica (suporte amplo). Todavia, da conclusão do voto é possível verificar ter ele partido de um suporte fático restrito, pois julgou procedente o pedido para declarar inconstitucional a interpretação “segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, I e II do Código Penal brasileiro”.

Como tipicidade e culpabilidade são conceitos juridicamente distintos, ainda que ambos, ao final, determinem se uma ação pode ou não ser considerada como crime³⁵, somente se poderia afirmar atípica uma conduta caso se considerasse ausente um dos elementos (subjctivos, objetivos, descritivos ou normativos³⁶) do tipo, que, na situação em análise, seria a ausência de violação ao bem jurídico protegido pelo preceito incriminador (*vida*, já que o tipo proíbe a realização do *aborto*), de modo que a argumentação evidencia a adoção, pelo Min. Ayres Britto, de uma concepção restrita do suporte fático pertine ao direito à vida³⁷.

35 Para um conceito tripartite do fato punível: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

36 SANTOS, op. cit., p. 39.

37 “O que já importa proclamar que se a gravidez ‘é destinada ao nada – a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence – sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fato-típico legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do

A concepção do direito à vida mediante a utilização de um suporte fático restrito também foi a premissa utilizada pela Ministra Rosa Weber, para quem, “Independente da genética humana, só é ser humano vivo para os fins do Direito o organismo que possa vir a desenvolver as capacidades mínimas intrínsecas aos seres humanos”³⁸.

A afirmação de que se teria na situação um *conflito aparente*, mas *não real*, entre *direitos fundamentais*, também constou do voto da Ministra Cármen Lúcia, embora tenha ela direcionado sua análise ao conceito de restrição, ao fundamentar que o próprio sistema jurídico brasileiro, por força da Lei nº 9.434/97, teria fixado a morte encefálica como o evento possibilitador da deflagração do procedimento de retirada de órgãos para fins de transplante. Assim, se a morte encefálica estipula um termo jurídico para fins de consideração da morte de uma pessoa, àquela que desde a concepção é de cérebro desprovida não poderia ser considerada viva, de modo que um dos elementos necessários à caracterização do tipo penal constante dos artigos 124 e 126 do CP estaria ausente³⁹.

Ou seja, o suporte fático respeitante ao direito à vida teria o seu âmbito de abrangência restrito por ação do legislador ordinário (restrição que deveria pressupor a sua justificação constitucional), de modo que o sistema não poderia ser portador de tamanha contradição ao considerar dois eventos com idênticas consequências fáticas como produtores de soluções jurídicas distintas.

-
- aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer” (Min. Ayres Britto, ADPF n. 54).
- 38 “[...] a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. Diante disso, é de se reconhecer que merecem endosso os posicionamentos de não caber a anencefalia no conceito de aborto. O crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas” (Min. Rosa Weber).
- 39 “O que se tem, pois, diante de todos os elementos da medicina e do direito brasileiro é conflito normativo aparente, por se permitir o transplante de órgãos quando detectada a morte cerebral (antecedido pela “autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a ordem sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive” - art. 4º da Lei n. 9.434/97) e não incluir nas excludentes de ilicitude o aborto do feto que apresentar ausência do encéfalo. [...] Desde que a Lei n. 9.434/97 dispôs que o diagnóstico de morte encefálica seria o marco para declarar-se determinada pessoa como morta, o aborto do feto desprovido do encéfalo sequer poderia ser considerado conduta penal típica, porque se teria verdadeiro crime impossível em face da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente, a saber, o feto morto, porque anencefalo.” (Min. Cármen Lúcia).

Essa linha de raciocínio também foi adotada pelo Ministro Celso de Mello, eis que um dos fundamentos utilizados foi o fato de o próprio sistema normativo considerar a ausência de atividade cerebral um evento produtor de efeitos jurídicos, no caso, a consideração da morte para fins de doação de órgãos, de modo que em vista dessa concepção legal, por uma interpretação *a contrario*, ter-se-ia o marco definidor do início da vida, tese que melhor se assemelharia a uma restrição do âmbito de abrangência dos direitos fundamentais.

Essa definição decorre do fato de, em passagem do voto, não ter considerado o feto como titular do direito à vida contido no art. 5º, *caput*, da CF. Para ele, se o suporte fático é restrito, de modo a não abarcar os fetos portadores de anencefalia (e outros com deformidades genéticas inviabilizadoras da vida extrauterina), o direito à vida não resguardaria a situação fática do ser que se encontra no útero da gestante, não havendo, pois, incidência do tipo pela ausência de uma de suas elementares⁴⁰.

Temos, pois, aqui, a definição, para os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Rosa Weber e Celso de Mello, do suporte fático pertinente ao direito à vida protegido pelo art. 5º, *caput*, da CF, respeitante à proteção dos fetos, e, portanto, do que seria *definitivamente* protegido, pois o direito à vida somente resguardaria aqueles com *potencial vida extrauterina*, a eles aderindo a Ministra Cármen Lúcia quanto a uma consideração mais estreita, pois excluiria apenas os anencefálicos, uma vez que seriam considerados juridicamente mortos.

b) Suporte fático amplo

Não obstante a utilização de um suporte fático restrito, os Ministros Marco Aurélio⁴¹, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello, também

⁴⁰ “Vale fazer, neste ponto, algumas considerações em torno das relações entre o estado de anencefalia e o direito penal, com o objetivo de demonstrar que o conceito de antecipação terapêutica do parto, porque destituído de tipicidade penal, não se subsume à ideia de aborto. Com efeito, evidencia-se, no caso, para efeitos criminais, a caracterização de absoluta impropriedade do objeto, eis que inexistente organismo cuja integridade deva ser protegida pela legislação penal, pois, segundo o Conselho Federal de Medicina, o anencéfalo qualifica-se como “natimorto cerebral”, vale dizer, o feto revela-se organismo destituído de viabilidade e de autonomia existencial em ambiente extrauterino, ou seja, torna-se lamentavelmente plena a certeza de letalidade, seja no curso de processo de gestação, seja no momento do nascimento, seja, ainda, em alguns minutos, horas ou dias após o parto. Isso significa, presente tal situação, que não se mostra configurado o próprio objeto material do tipo penal, a tornar evidente a ausência de tipicidade penal da própria conduta da mulher gestante e de quem a auxilie no procedimento de antecipação terapêutica de parto” (Min. Celso de Mello). Grifos constam do original

⁴¹ O Min. Marco Aurélio, embora fixe que o feto não tem sua situação resguardada pelo direito à vida, faz a ponderação como se tivesse que firmar teses eventuais.

fizeram uso da teoria dos princípios, precisamente da técnica da ponderação, pois em parte de seus votos aceitaram a tese de que o direito à vida protegeria os fetos anencéfalos, mas que esse direito, quando em colisão com os das mães, cederia força, mediante a ponderação dos interesses envolvidos. E como antes se pôde inferir, não poderiam considerar existente essa colisão entre direitos fundamentais sem que partissem da tese pertinente a um suporte fático amplo referente aos direitos dos fetos anencéfalos e, portanto, rejeitassem a tese de um suporte restrito, uma vez que “aceitar os pressupostos teóricos da teoria dos princípios nos moldes desenvolvidos por Alexy implica necessariamente a rejeição das teorias restritas sobre o suporte fático”⁴².

Para o Min. Marco Aurélio,

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX.

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado.

No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

A Min. Rosa Weber analisa o feito também mediante a aplicação da técnica da ponderação, considerando o direito à vida como possuidor de um suporte fático e de um âmbito de proteção amplos, de modo que teria proteção *prima facie* frente a possíveis intervenções ou interferências⁴³,

42 SILVA, op. cit. p. 67.

43 “Já os princípios, para uma parte da teoria do direito contemporâneo, são normas de otimização de condutas, que procuram realizar os valores da justiça e da vida boa (no sentido já descrito) em sociedade. São preceitos, portanto, que só ganham concretude diante de casos concretos, pois são incapazes de determinar quais condutas exatamente estão sendo reguladas em abstrato. [...] Em razão dessa estrutura, os princípios, por si

diferindo apenas quanto ao fato de não contrapor os direitos (ou valores, como ela nomina) envolvidos, mas aplicar essa técnica mediante a ponderação das razões jurídicas⁴⁴, pois da argumentação é que se encontraria intersubjetivamente a solução justa para decidir a situação, método que permitiria a realização do controle por parte da comunidade quanto ao que levou a Corte a decidir em um ou outro sentido, e não segundo as concepções subjetivas de cada julgador⁴⁵.

Em outra passagem, aduz que a legislação já traria como possível a realização do aborto em determinadas situações (art. 128, I e II, CP), de modo que o valor vida não teria obtido no sistema uma proteção absoluta, programa esse aprovado segundo a expertise da época, que não possuía mecanismos tecnológicos que permitissem a comprovação de deformidades no feto que inviabilizariam a sua vida extrauterina, de modo que o alcance das causas de justificação deveriam se dar mediante a consideração do tempo em que se encontra inserido o aplicador (intérprete), segundo as contingências históricas e sociais de sua época, o que possibilitaria sua expansão para abarcar situações de impossível previsão pelo legislador⁴⁶.

sós, não entram em contradição, pois não regulam condutas de imediato. Sua aplicabilidade, portanto, é *prima facie*, o que quer dizer que se aplicam caso não haja regra explícita que regule a situação, ou direcionando, em um conflito de regras, a regra a prevalecer e a regra a ser eliminada". (Min. Rosa Weber. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

44 "Destarte, se a questão não se resolve no plano ontológico ou axiológico, há que encontrar um critério racional de argumentação para que o convencimento leve à aplicação de um princípio e ao afastamento do outro no caso em análise. É bom frisar: a busca é de um critério *argumentativo*, e não de peso de valores, pois, como já foi mais que repetido, um valor não pesa mais que outro em ordenamentos jurídicos democráticos". (Min. Rosa Weber).

45 "[...] diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto. [...] Mais uma vez, a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores" (Min. Rosa Weber).

46 "No debate sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, as normas incriminadoras do aborto voluntário (caso se assumisse, *ad argumentum*, que a vontade do legislador tenha sido a de retirar a hipótese dos casos de excludente de ilicitude) devem ser interpretadas de acordo com as possibilidades atuais do sistema". (Min. Rosa Weber. ADPF nº 54, julgamento de mérito).

A Ministra Cármen Lúcia defendeu que a técnica da ponderação forneceria a resposta a ser dada a situação posta em debate⁴⁷ (embora essa afirmação contradiga o que antes havia afirmado no voto), ante a colisão de direitos fundamentais do feto anencefálico e os da gestante.

O Ministro Celso de Mello afirmou que em vista da *colisão* dos direitos do feto (direito à vida) e os da gestante (liberdade, saúde, dignidade), a resposta somente seria obtida mediante a *ponderação de valores*, de modo a verificar qual direito cederia força em um específico contexto⁴⁸. Logo depois, todavia, sustenta que se estaria diante de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade (o fato agora já seria típico e antijurídico, porém não culpável), mediante a utilização de argumentos tópicos, pois segundo certo senso comum de justiça, não existiria razões que determinassem a continuidade da gestação⁴⁹.

Ou seja, a solução do problema encontraria nele mesmo os caminhos para a sua resolução, que se inclinaria na busca de um ideal de justiça que estaria para além do sistema normativo, embora pudesse nele encontrar um fundamento de validade (normativo, portanto), que seria para o caso em análise a nominada *causa supralegal de exclusão da culpabilidade*.

47 “Respeito as opiniões contrárias, mas há que ser anotado, como agora posto pelo Ministro Fux, exatamente na perspectiva constitucional, que o que se põe em questão é o que a Constituição determina, ponderando-se os princípios como posto no sistema. [...] A resolução do presente conflito entre o direito fundamental à vida digna de um lado e o direito social à saúde e à autonomia da vontade requer o exame de princípios a serem relevados no caso posto a exame. Ao julgador a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade.” (Min. Cármen Lúcia).

48 “Como se sabe, a *superação dos antagonismos* existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à *inviolabilidade* do direito à vida, à *plenitude* da liberdade, à saúde e ao respeito à dignidade da pessoa humana – *há de resultar da utilização*, pelo Poder Judiciário, de *critérios* que lhe permitam *ponderar e avaliar*, ‘*hic et nunc*’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva *axiológica concreta*, qual deva ser o direito a preponderar no caso, *considerada* a situação de conflito ocorrente, *desde que a utilização do método da ponderação* de bens e interesses não importe em *esvaziamento* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, *tal como adverte o magistério da doutrina*. [...] *Tenho para mim, desse modo*, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão *pertinente* ao direito à vida *admite a possibilidade* de, *ele próprio*, *constituir* objeto de ponderação por parte do Estado, *considerada* a *relevantíssima circunstância* (*ocorrente na espécie*) *de que se põem* em relação de conflito, com esse mesmo direito, *interesses existenciais* titularizados *por mulheres* grávidas de fetos portadores de anencefalia, *cujas superação pode ser conseguida com a liberação* – que se impõe *como uma exigência* de ordem ética e de caráter jurídico – *da interrupção da gestação*” (Min. Celso de Mello). Grifos constam do original

49 “[...] motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte, *consoante esclarecido* na Audiência Pública que se realizou em função deste processo”. Grifos constam do original

Adotaram, dentre os que julgaram procedente o pedido, também como razão de decidir a tese de um suporte fático amplo pertinente ao direito à vida os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

O Ministro Joaquim Barbosa promove a ponderação de valores, pois entre os direitos fundamentais inerentes ao feto portador de anomalia incompatível com a vida extrauterina (ou com sobrevivida extrauterina reduzida) e os direitos da gestante de por fim a uma situação que a degrada moralmente, em sua concepção, prevaleceriam os direitos desta⁵⁰.

É possível afirmar, com uma grande margem de certeza, que o Ministro Joaquim Barbosa não partiu de uma concepção restrita do suporte fático pertinente ao direito à vida e que fez uso da teoria dos princípios. Mas não se pode deixar de mencionar uma breve, mas importante passagem no seu voto, na qual fez menção ao fato de essa colisão afigurar-se aparente, em vista de não haver um “real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica”⁵¹.

Uma sutileza na formulação da proposição diferencia a posição do Ministro Joaquim Barbosa daquela externada pelos ministros que fizeram uso também de uma concepção restrita do suporte fático dos direitos fundamentais, sutileza essa presente no adjetivo *idêntico*. Faz-se essa afirmação, pois se deduz que para ele a aparente contradição reporta-se não à inexistência de direito fundamental do feto, mas de que o direito dele não é possuidor de um “idêntico grau de proteção jurídica” ante a sua inviabilidade de vida extrauterina quando comparados com os da mãe.

Essa afirmação permite interpretar a formulação de uma pauta objetiva de valores, de modo a, em abstrato, fazer uma escala de importância

50 “[...] Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal” (Min. Joaquim Barbosa).

51 “Seria um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher” (Min. Joaquim Barbosa).

pertinente a cada direito fundamental protegido pelo texto Constitucional⁵², de modo a considerar que a proteção do direito à vida do feto anencefálico sempre cederia quando em eventual conflito com o mesmo ou outros direitos fundamentais de outras pessoas.

O Ministro Luiz Fux inicia o seu voto arguindo a impossibilidade de se promover uma análise quanto à importância dos direitos em rota de colisão, no caso, os do feto e os da mulher, tanto que afirmou não se sentir confortável para “*fazer essa ponderação de que vida é mais importante: a da mulher ou a do feto*”. Isso em razão da necessidade de adoção, conforme sustentou, de uma postura minimalista pela Corte, de modo a não aderir a uma das concepções morais envolvidas e que pudesse gerar grande desacordo na sociedade, mormente quando não sejam elas decisivas para a solução do caso.

Dessas considerações deduz-se a adoção de um suporte amplo respeitante ao direito à vida, de modo a considerar o feto anencefálico como inserido no âmbito de proteção deste direito, bem como, ao menos para ele, a impressão quanto à impossibilidade de utilização da técnica da ponderação de valores, dado o grande desacordo pertinente a qual desses direitos teria, na situação concreta, maior peso (do feto ou da mãe).

No entanto, essa impressão quanto a não solução do caso pela técnica da ponderação logo se esvanece, pois passa o ministro a suscitar questões que sedimentariam o caminho para permitir a ponderação de valores ao especificar a ausência de direitos absolutos⁵³⁻⁵⁴; a capacidade de sobrevivência dos anencéfalos, que seria de poucos minutos⁵⁵; e os gravames impostos

52 Se foi essa a concepção adotada pelo Min. Joaquim Barbosa, tal concepção vai de encontro frontal à teoria dos princípios de Alexy, pois para ele, como nos diz Leonardo Martins, “O peso ou importância do princípio só pode, portanto, ser determinado concretamente, isto é, em face de condições (variáveis) do caso concreto. Isso é o que diferencia a teoria principiológica cunhada por ALEXY da antiga teoria axiológica do direito. O próprio ALEXY afirmou certa vez que sua teoria apresenta uma racionalização da antiga teoria axiológica, na qual o peso dos bens jurídicos ponderáveis era aferível já no plano abstrato, de forma mais ou menos arbitrária ou moralista”. In: *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídica-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69.

53 “Robert Alexy (uma década após Vork iniciar um movimento pós-positivista de conferir a eminência aos princípios), na sua memorável *Teoria dos Direitos Fundamentais*, assenta - como é de sabença - que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais” (Min. Luiz Fux).

54 Embora a só concepção da ausência de direitos absolutos não deságue na indicação necessária da utilização da teoria dos princípios, pois Müller também entende, na fixação de sua teoria estruturante, que os direitos fundamentais não são ilimitados, esse é um conceito central da teoria de Alexy.

55 “Então, com base nesses dados colhidos, que foram aqui confirmados, é possível chegar-se a três conclusões lastimáveis: a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera; o diagnóstico de

à gestante ao obrigá-la a manter a gravidez até seus últimos termos⁵⁶. Em vista dessa miríade de fatores a preponderar em favor dos direitos da gestante, a criminalização da antecipação do parto dos fetos anencefálicos se afiguraria inconstitucional, por incidir na vedação do excesso, que nada mais é do que uma das consequências vedadas decorrente da ponderação de valores, especificamente quando se esteja a avaliar a medida interventiva sobre o ângulo da necessidade⁵⁷⁻⁵⁸.

Embora pareça resultar claro da decisão que o Ministro Fux utilizou da *técnica da ponderação*, pois considerou o feto anencefálico portador de direitos fundamentais, direitos que, todavia, cederiam em face daqueles que resguardariam à situação da gestante, em certas passagens parece ele utilizar-se de *argumentos tópicos*⁵⁹, pois a resolução do problema fundar-se-ia em um forte senso de justiça, que seria a todos comum, a indicar a incorreção ao se proceder a criminalização da conduta da mãe na situação analisada⁶⁰, havendo, ainda, no próprio sistema normativo, outro *tópico* a ser levado

anencefalia pode ser feito, com razoável índice de precisão, a partir das técnicas hodiernamente disponíveis; e as perspectivas de cura dessa deficiência na formação do tubo neural são absolutamente inexistentes nos dias atuais. Por isso que neonato anencefálico tem uma expectativa de vida reduzidíssima” (Min. Luiz Fux).

56 “Sob esse enfoque, como destacou a Ministra Rosa Weber, avulta a importância a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, indubitavelmente dois componentes da dignidade humana da mulher, indissociáveis no seu imo fundamental a assumir posição de elevada importância neste julgamento. O prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico; por isso que, impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal, efetivamente equivale a uma tortura vedada pela Constituição Federal no art. 5º” (Min. Luiz Fux).

57 “Os perigos para a saúde física da mulher, como visto, são elevadíssimos em uma gravidez de feto acometido pela anencefalia, razão pela qual, se essa for a alternativa eleita pela mulher, deve-se conferir a possibilidade de interrupção da gestação à luz do princípio da proporcionalidade, que também se aplica ao Direito Penal”.

58 “Até para poupá-los e concitá-los à leitura da obra desse moderno Direito Constitucional contemporâneo do professor Luís Roberto Barroso, eu concluiria essas premissas afirmando que, efetivamente, a criminalização do aborto incide na dimensão da vedação do excesso. Consectariamente, o atual art. 128 do de Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer essa releitura moral a que refere Ronald Workin (sic), exatamente porque há novas luzes sobre as novas necessidades científicas e sociais” (Min. Luiz Fux).

59 Como alude Margarida Maria Lacombe Camargo, ao tratar do pensamento tópico de Theodor Viehweg: “Com isso talvez fique claro o papel da tópica no atual movimento crítico pós-positivista, que pretende dar maior validade à concretização do direito e à solução do problema em função dos valores que o ensejam, do que um pretenso sistema de valores válido por si só. Pesquisando o *ius civile*, Viehweg retira exemplos do uso da tópica no direito. Ao jurisconsulto romano era apresentado um problema para o qual solicitava-se-lhe um parecer. Sua tarefa era, *sob um senso de equidade, encontrar argumentos para soluções prudentes*. [grifo acrescido]. In: *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 155-156.

60 “Mais uma vez eu reitero: eu desafio qualquer um a me demonstrar, à luz do princípio da razoabilidade sobre o impacto da proporcionalidade, que é justo penalmente se relegar essa gestante aos bancos de um Tribunal do Júri para responder por aborto pelo fato de ter antecipado o parto de um feto anencefálico” (Min. Luiz Fux). Essa premissa de justiça conforma-se ao *sensus communis* da tópica aristotélica tida por imprescindível ao pensamento jurídico por Viehweg, conforme nos diz Claus-Wilhelm Canaris (e é por ele criticada). In: *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

em consideração no processo dialético próprio à interpretação jurídica segundo esse método ou técnica, que daria suporte a esse entendimento, qual seja: a causa supralegal de exclusão da culpabilidade⁶¹ impossibilitaria a punição da gestante ou daqueles que eventualmente participassem da ação.

O ministro Gilmar Mendes bem delimita, no início do voto, a tese central deduzida na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adoção, pelo autor da ação, de suporte fático restrito), e a sua concepção teórica quanto ao suporte fático do direito à vida, que entendeu afigurar-se amplo não somente em vista do fato de não se ter concordância científica quanto ao fato de o feto anencéfalo estar inserido no âmbito de proteção do direito à vida, mas principalmente em vista da necessidade de salvaguardar os interesses de uma sociedade plural quanto àquilo que grupos sociais importantes consideram como sendo vida.

Para ele, todavia, o fato de o suporte fático pertinente ao direito à vida ser amplo, a técnica da ponderação não pareceu capaz de dar solução à situação que se analisou⁶², o que não retira, contudo, do legislador, a possibilidade de restringi-lo, haja vista o fato de o sistema jurídico já possuir causas excludentes da culpabilidade, que só não se alargaram para englobar os casos idênticos ao que motivou o ajuizamento da ação em virtude da ausência de tecnologia suficiente à época da aprovação do código que permitissem antever a morbidade do feto ainda no útero materno.

Assim, a contrariedade ao sistema constitucional decorreria, quando do julgamento da ação, da omissão do legislador em promover a adequação da normatização vigente de modo a acompanhar os avanços tecnológicos que permitiriam a comprovação de anomalias fetais, de modo a, com isso, ampliar as causas excludentes de culpabilidade para manter a coerência do sistema jurídico⁶³. Ou seja, a própria coerência ou integridade do sistema normativo já englobaria essa possibilidade, só não estando prevista essa

61 “Destarte, cuida-se na hipótese sub judice da construção jurisprudencial fundada em singular princípio de justiça de uma nova hipótese, estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos, a fim de adequar o tecido normativo às necessidades que se apresentam na realidade social” (Min. Luiz Fux).

62 “Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencefálicos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto” (Min. Gilmar Mendes).

63 “Essas constatações permitem concluir, conforme afirmei acima, que o aborto de fetos anencefálicos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição” (Min. Gilmar Mendes).

causa excludente ante a omissão injustificável do legislador ordinário, tanto que a decisão que proferiu foi de conteúdo aditivo.

Ter-se-ia, pois, na situação, o que concebe como “inadimplemento do dever de legislar”, pois segundo sustenta em sede doutrinária:

O dever de legislar pode decorrer de expressa *exigência constitucional* (*Verfassungsauftrag; norma-tarefa*, na tradução proposta por Canotilho), ou pode derivar do chamado *dever de proteção* (*Schutzpflicht*), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo de agressões praticadas por terceiros. O tribunal tem identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o *dever geral de adequação* (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as conseqüências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente.⁶⁴

Do exposto no presente tópico tem-se, agora, que a Corte, por oito de seus ministros (Marco Aurélio, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Gilmar Mendes), consideraram que o feto teria sua posição resguardada pelo direito à vida constante no art. 5º, *caput*, da CF, ou seja, adotaram como razões de decidir um suporte fático amplo, resolvendo a questão com base na teoria dos princípios, especialmente por meio da ponderação de interesses, tal como utilizada pelos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Luiz Fux; na ponderação das razões argumentativas, Min. Rosa Weber; e na tópica, Ministros Celso de Mello e Luiz Fux. O Min. Gilmar Mendes centra-se na justificação da restrição do direito à vida pelo legislador ordinário (o suporte, todavia, é amplo), que, todavia, estaria em mora constitucional ao não proceder à adequação da legislação às novas descobertas e situações que se apresentam na sociedade.

3.2 Votos contrários à interrupção

Apenas dois ministros, Ricardo Lewandoski e Cezar Peluso, votaram pela improcedência do pedido formulado na ADPF.

Para o ministro Lewandoski o legislador ordinário, que possuiria competência constitucional para decidir questões desse jaez, teria entendido, pelo menos até o momento do julgamento da ação, não ser o caso de alargar

64 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 413.

os casos de exculpação do aborto⁶⁵ (consequentemente o direito à vida protegeria os anencéfalos). Arguiu, ainda, a preocupação com o possível alcance que poderia ter ação para além dos casos de fêtos anencefálicos, dada a ciência de outras deformidades fetais que inviabilizariam a vida extrauterina⁶⁶, motivo pelo qual julgou improcedente o pedido.

O ministro Cezar Peluso também partiu de um suporte fático amplo, de modo que o feto anencéfalo seria portador de direitos fundamentais e estaria protegido pelo direito à vida garantido na Constituição. Essa garantia teria ampla primazia, mas poderia ser restringida por circunstâncias situadas fora do mundo normativo, mas que o direito levaria em consideração para a autorização da interrupção da gravidez, circunstâncias pertinentes ao ato antecedente ao estágio de gravidez, pois apenas situações decorrentes de estados não queridos, mas forçosa ou brutalmente impostos à mulher (estupro) e/ou que tragam risco de morte para gestante⁶⁷ legitimariam esse proceder⁶⁸.

65 “[...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados” (Min. Lewandowski).

66 “[...] uma decisão favorável ao aborto de fêtos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas” (Min. Lewandowski).

67 Essa raciocínio não é isento de críticas, pois basta pensar no caso de uma parturiente que é portadora de alguma enfermidade que, para ela, torne toda e qualquer gravidez um risco, enfermidade da qual tem plena ciência e, mesmo assim, opte por engravidar. Nesse caso, a concepção foi consentida (seja por relação sexual, seja por inseminação artificial) e os riscos não eram imprevisíveis. Nessa situação, estaria ela autorizada a abortar ainda que, de fato, o risco à sua vida por causa da gravidez se confirmasse? E se o risco não for de 100%, mas tiver uma grande probabilidade de ocorrer, teria ela direito de tentar constituir sua família, mas também de abortar caso esse risco se confirmasse? Ou seja, centrar toda a discussão na aquiescência ou não da relação sexual (melhor seria da gravidez) não traz auxílios importantes à solução da causa.

68 “No aborto justificado por estupro, a mulher é vítima de crime ignominioso e engravidada à força, em decorrência de ação violenta e ilícita, imputável exclusivamente a outrem. A concepção, como obra da ação alheia delituosa, não foi desejada pela mulher, nem sequer proveio de descuido na prevenção de gravidez, donde justamente lhe repugna manter a gravidez como consequência, aqui sim, inevitável, de violência odiosa e sobremodo injusta, em situação de todo em todo mui diversa daquela em que o casal concebe, no exercício pleno de sua liberdade sexual, o filho que, só por infortúnio, calha ser anencéfalo. Dizer-se, no primeiro caso, ter sido o feto resultante da monstruosidade do forçado intercurso sexual, pode até figurar hipóbole expressiva, inspirada pela alta reprovabilidade ética e jurídica do crime de estupro, mas é licença retórica despropositada para, falseando as condições lógicas do uso da analogia, qualificar em si, embora por metáfora, a concepção de anencéfalo mediante ato de amor, e descrever o tormentoso sofrimento materno que advém da frustração das expectativas consequentes. No caso da anencefalia, como relatam muitas das gestantes que passaram pela amarga experiência, o filho era esperado, querido, amado” (Min. Cezar Peluso).

Dessa forma, para Cezar Peluso, o direito não poderia servir de meio para remediar danos psicológicos decorrentes de fatos inerentes à natureza humana e que somente o acaso poderia explicar a sua ocorrência, de modo que a só vontade da mãe, e dos familiares que participam desse evento, não poderia justificar a relativização do direito à vida que protege o feto, ainda que anencéfalo⁶⁹.

4 A EMENTA DO ACÓRDÃO E O PADRÃO DECISÓRIO DA CORTE

Como as decisões do STF são proferidas segundo a contagem dos votos de cada um dos ministros, e não, pois, segundo a fixação de uma decisão que espelhasse a concepção da Corte quanto aos direitos objeto de discussão, com o término do julgamento e adesão da maioria dos ministros à tese da inconstitucionalidade da criminalização das gestantes pela antecipação do parto dos fetos anencéfalos, a ementa do acórdão, que tem por função promover essa condensação (ainda que de forma absolutamente deficitária), assim foi redigida:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Por tratar de processo objetivo, a Corte não estava vinculada à premissa fixada pela autora da ação quanto à inexistência de dilemas morais em razão da não proteção dada ao anencéfalo pelo suporte fático do direito à vida⁷⁰.

69 “A só vontade ou desejo não constituem solução mágica para todos os males da frágil condição humana. Não há, na hipótese, espaço jurídico para lucubração de expediente tortuoso destinado a neutralizar desagradáveis reflexos psicológicos, diante das disposições inequívocas do Código Penal. A situação não pode ser *legalmente*, nem *constitucionalmente* evitada, e este é o cerne do problema” (Min. Cezar Peluso).

70 Como acentua Luiz Roberto Barroso, “Trata-se, inequivocamente, de uma ação análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal” (*In O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 248), de modo que, segundo próprio a esse sistema, a causa de pedir é aberta, não estando a Corte vinculada aos fundamentos deduzidos pelo autor da ação. Nesse sentido: ADI 1.896-MC, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello; AI 413.210-AgR-ED-ED, Rel. Min. Ellen Gracie.

A tese formulada na inicial, a partir de uma concepção restrita do suporte fático do direito à vida resguardado pelo artigo 5º, *caput*, da CF, que pode ter sido por função aliviar eventuais desacordos ou dúvidas morais a impossibilitar a procedência do pedido, não vinculava o Supremo Tribunal Federal na fixação dos motivos pelos quais julgaria procedente ou improcedente o pedido.

Todavia, o resultado do julgamento e as razões de decidir pressupunham, imprescindivelmente, a fixação de um ponto de consenso respeitante à consideração do suporte fático, proceder que prescreveria o método de interpretação dos direitos fundamentais envolvidos na situação, de modo a fixar se, de fato, o bem jurídico vida protegeria os anencéfalos e, portanto, necessitar-se-ia de uma ponderação dos direitos dele com o(s) direito(s) da gestante; ou se não o protegeria e, portanto, seriam de fato os direitos da gestante os únicos vulnerados, pois a ação tinha por finalidade promover a correção do sistema normativo, de modo a manter a sua integridade⁷¹.

Ou seja, não poderiam os Ministros – e a Corte – fazer juízos alternativos pertinentes à concepção do direito à vida, como se estivessem a sustentar certa posição (suporte restrito), mas na eventualidade de alguém não a considerar correta ou aceitável, utilizar-se de outra (suporte amplo).

A essa crítica poderia objetar-se que, na situação, teriam os julgadores apenas analisado e enfrentado todos os argumentos levantados nos autos (autora, Ministério Público e *amici curiae*), de modo a conferir uma resposta mais completa mediante a análise de todas as possibilidades que lhes foram apresentadas.

Contudo, não se pode perder de vista o fato de tratar-se de julgamento de controle abstrato; a necessidade de a Corte firmar uma e apenas uma premissa decisória para o julgamento dessa lide⁷²; e a impossibilidade de conciliação de padrões decisórios distintos⁷³.

71 Ainda que a ADPF tenha a singularidade de permitir o controle com base em uma situação específica, a ADPF nº 54 partiu de situações concretas, mas para fazer o controle preventivo e abstrato de constitucionalidade, de modo a se conferir uma interpretação conforme à Constituição do art. 124, 126 e 128, todos do CP. Sobre o controle abstrato de constitucionalidade como com meio de manutenção da integridade do sistema e da supremacia da Constituição, c.f. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

72 Ou a regra de decisão, decorrente do princípio da universalizabilidade, conforme noticia-nos Alexy, de que seria “[...] possível retirar de toda decisão do Tribunal Constitucional Federal [alemão] uma regra de decisão mais ou menos concreta relativa ao caso decidido”. Op. cit. p. 556.

73 Ainda que todos possam inserir-se no viés pós-positivista na forma como aduz Margarida Maria Lacombe Camargo. Op. cit.

Outra circunstância é que a adoção de uma ou outra tese traria consequências em diversos institutos jurídicos, sendo que do voto dos ministros e do acórdão proferido não se tem qualquer certeza quanto i) ao fato de ter a Corte considerado o feto anencefálico como portador de direitos fundamentais; ii) ou se considera como sendo ele portador de direitos fundamentais, mas que cederiam em razão dos direitos de possíveis mães que não quisessem levar a termo a gravidez; iii) se tantas outras anomalias incompatíveis com a vida extrauterina poderiam ser consideradas inseridas na mesma razão de decidir da ação⁷⁴, tendo em vista a ausência de potencial desenvolvimento extrauterino e os gravames impostos às mães de ter que prolongar essa situação; iv) se a *ratio* decisória poderia fundamentar eventuais discussões sobre distanásia, ortotanásia e eutanásia; dúvidas que decorrem da não adoção de padrões de decidibilidade seguros e coerentes que permitissem firmar ou extrair, ainda que do conjunto dos julgados, uma razão de decidir que conferisse segurança jurídica e legitimasse expectativas quanto à adoção de condutas futuras pelos cidadãos, evidenciando a impossibilidade de uma decisão com base no “princípio da eventualidade”.

A imposição de um maior rigor decisório nada mais é do que uma das consequências da posição de destaque conferida às Cortes constitucionais, em vista da centralidade que ocupa a Constituição no ordenamento jurídico, de modo que o ônus pertinente a uma nova racionalidade decisória⁷⁵ vem a reboque quando questões de alta

74 Como citado no voto do Min. Lewandoski: “Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte: *‘A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte’*”.

75 Como bem acentuou Menelick de Carvalho Netto: “[...] das decisões judiciais deve-se requerer que apresentem um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania, com o conceito de Häberle da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Ou para dizer em outros termos, ao nosso Poder Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal Federal, em particular, compete assumir a guarda da Constituição de modo a densificar o princípio da moralidade constitucionalmente acolhido que, no âmbito da prestação jurisdicional, encontra tradução na satisfação da exigência segundo a qual a decisão tomada possa ser considerada consistentemente fundamentada tanto à luz do direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto em questão, de modo a se assegurar a um só tempo a certeza do direito e a correção, a justiça, da decisão tomada”. In: CARVALHO, Menelick. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Conferência no Seminário Permanente do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/74601794/A-Hermeneutica-Const-Menelick#scribd>>. Acesso em: 03 out. 2015.

repercussão social, tal como a da ADPF nº 54, passam agora a ser por ela decididas, sendo-lhe (ou devendo-lhe ser) vedada a utilização de parâmetros ou padrões decisórios por vezes incompatíveis entre si, como feito por alguns ministros, que fundamentaram seus votos com base em pressupostos inconciliáveis, demonstrando que a utilização sincrética de métodos interpretativos/de aplicação de direitos fundamentais no Brasil não se resume apenas à doutrina, como já bem critica Virgílio Afonso da Silva⁷⁶.

5 CONCLUSÃO

Propusemo-nos a analisar o modo de decidir do Supremo Tribunal Federal mediante a utilização de um caso paradigmático (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54), de modo a avaliar a racionalidade da Corte quando esteja a tratar de temas de relevo no cenário jurídico nacional, dada a importância conferida a esse órgão decisor pela Constituição (ápice ou centro do sistema jurídico), o que fizemos a partir de uma hermenêutica pós-positivista dos direitos fundamentais, direitos que qualificam um Estado como sendo Democrático de Direito⁷⁷.

Contudo, da leitura crítica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal no caso analisado, constatamos a ausência de racionalidade decisória da Corte em decorrência das contradições internas existentes nos votos dos ministros que a compõe, haja vista a utilização de parâmetros teórico-dogmáticos inconciliáveis (teorias que partem de concepções antagônicas a respeito do suporte fático dos direitos fundamentais) para promoverem o julgamento da ADPF, contradição que se manteve em razão da forma como promove a Corte o resultado de sua atividade, que se dá mediante a simples contagem dos votos favoráveis ou não a uma determinada tese (constitucionalidade/inconstitucionalidade), independente da congruência entre os fundamentos utilizados e os efeitos que decorrem de cada um deles.

Isso em razão do fato de os votos apresentados partirem de concepções díspares pertinente ao que consideram como protegido ou não pelo direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), baseando-se um mesmo Ministro, por vezes, em considerações teóricas divergentes a respeito

76 SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit.

77 A qualificação de um Estado como Democrático quando promove a defesa de direitos fundamentais é feita por Jorge Reis Novais, In: *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

do suporte fático do direito em questão (suporte amplo ou restrito), não fornecendo à sociedade uma razão segura quanto à estabilização de expectativas referente ao que se pode ou não considerar resguardado e, portanto, livre da atuação interventiva do Estado.

Não se olvida que a conclusão aqui chegada tenha limites em razão do campo de investigação adotado (ADPF n. 54), a demandar, portanto, uma pesquisa mais extensa de modo a poder avaliar a constância ou não da situação de irracionalidade decisória por parte do Supremo Tribunal. Mas não menos certo é o fato de que a decisão analisada fornece um indicativo seguro, em razão da importância da causa posta em debate, da ausência de padrões decisórios mínimos e da incongruência das argumentações utilizadas pelos Ministros e, conseqüentemente, da própria Corte Suprema.

Isso remete a outro tema que guarda íntima conexão com o aqui abordado, a merecer, todavia, uma profunda pesquisa, e do mesmo modo uma maior atenção por parte de todos os agentes que atuam no campo jurídico (legisladores, advogados, juízes, acadêmicos etc.), pertinente à presteza da forma de atuação do Supremo Tribunal Federal, eis que se apresenta como necessário que ao final do julgamento haja *uma* decisão da Corte a evidenciar o padrão por ela adotado para o julgamento das demandas que lhe são direcionadas (os pressupostos adotados, teorias, os motivos determinantes etc.) e não, como se dá atualmente, mediante a simples colheita de vários votos sem que se tenha, ao final, a condensação da decisão de modo a fornecer um fundamento coeso e congruente daquilo que irá reger toda uma sociedade.

Sem essa racionalização decisória, seja mediante a fixação de uma decisão que espelhe o que decidido pela Corte (e não por cada um dos Ministros), seja mediante a condensação, ao final, da tese vitoriosa, tarefa não cumprida pela simplista redação da ementa do acórdão, perdemos em segurança jurídica e no desenvolvimento das instituições jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros: 2008.

_____. *Epílogo a la Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Menelick. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Conferência no Seminário Permanente do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/74601794/A-Hermeneutica-Const-Menelick#scribd>>. Acesso em: 03.10.2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

HESSE, Konrad. O Significado dos Direitos Fundamentais. In: *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madri: Martial Pons, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. d. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Liberdade e Estado Constitucional*: leitura jurídica-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Coordenação de Daniel Sarmento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2ª Tiragem. 2007.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

RECEBIDO EM: 28/08/2015

APROVADO EM: 08/01/2016

REFLEXÕES SOBRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO NA GEOPOLÍTICA MUNDIAL FACE À CRISE FINANCEIRA DE 2008

*REFLECTIONS ON THE NEW LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONALISM IN WORLD GEOPOLITICS IN THE FACE OF
THE FINANCIAL CRISIS OF 2008*

*Leonardo Vizeu Figueiredo¹
Gabriela Maretti²*

1 Procurador Federal
Especialista em Direito Público pela UNESA/RJ
Especialista em Direito do Estado pelo CEPED/UERJ
Mestre em Direito pela UGF
Professor de Direito Econômico da Universidade Santa Úrsula
Professor palestrante de Direito Constitucional da EMERJ
Professor de Direito Constitucional da UNIPLI (2008 – 2012)
Professor de Direito Econômico da UNIGRANRIO (2011)
Professor de Direito Constitucional, Financeiro, Econômico e Internacional da FACHA
Professor do MBA e o LLM Litigation da FGV/RJ
Professor de Economia e Direito da UFRJ/FND (2013 – 2014)
Professor de Direito Fiscal da Pós-graduação da PUC/RJ
Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União da 2ª Região

2 Acadêmica de Direito do IBMEC/RJ
Colaboradora e Pesquisadora da Escola da Advocacia-Geral da União da 2ª Região

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria da Norma; 2 O neoconstitucionalismo e a jurisdição constitucional; 2.1 Procedimentalismo; 2.2 Substancialismo; 2.3 Da dialética doutrinária; 3 Intervencionismo estatal e o pensamento econômico; 4 A crise financeira do subprime de 2008; 4.1 Os efeitos da crise financeira do subprime de 2008; 4.2 Considerações sob o atual modelo de intervencionismo Norte-americano de intervenção, em face da crise financeira de 2008; 5 A Crise da Zona do Euro; 5.1 A origem da crise; 5.2 O plano de ajuda e seus objetivos; 5.3 Reflexões sobre a crise do Euro; 5.4 Considerações sob o atual modelo de intervencionismo europeu, em face das crises financeiras de 2008 e da zona do euro; 6 O atual modelo de intervencionismo oriundo da crise financeira do neopopulismo e o Novo Constitucionalismo Latino Americano; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O ano de 2008 notabilizou-se pelo colapso do sistema financeiro mundial. Isto porque, a crise do mercado imobiliário norte-americano afetou, de forma gravosa, diversas instituições financeiras por todo o mundo. Restou claro, assim, a influência que as economias domésticas têm umas sobre as outras. Em que pese ter tido origem em países centrais, de economia desenvolvida, seus reflexos e efeitos foram sentidos pelos países periféricos, com economias consideradas em desenvolvimento, fato que, por si, denota a necessidade de um novo modelo de intervencionismo, mormente no que se refere à supervisão e regulação do mercado bancário, que permita que o intercâmbio econômico-financeiro não se traduza em fato impeditivo ao crescimento e ao desenvolvimento. Igualmente, a referida crise demonstrou de forma cabal que mesmo os países considerados desenvolvidos não estão com suas economias internas imunes às variações e flutuações da Ordem Internacional, havendo necessidade de se estruturar organismos e instrumentos que se traduzam em mecanismos efetivos de supervisão e regulação. Somado a isso, a crise da zona do euro, notadamente em Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha, igualmente revelou a fragilidade do sistema financeiro regional da Europa. Por outro lado, o constante quadro de instabilidade política da América Latina trouxe à lume as diversas debilidades de suas economias domésticas. Diante desse quadro, o direito constitucional e o direito econômico, buscam novos paradigmas de regulação estatal, com inexoráveis consequências no que se refere

à configuração geopolítica regional. O presente artigo se propõe a analisar os impactos jurídicos e econômicos que a Crise Financeira do subprime norte-americano, da zona do euro e do neopopulismo latino americano tiveram na América do Norte, Europa e na América do Sul, com ênfase nesta última, inclusive no que se refere as novas doutrinas aplicadas.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Norma. Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Direito Comparado. Sistemas de Direito. Direito Econômico. Intervenção do Estado na Ordem Econômica.

SUMMARY: The year 2008 became famous by the collapse of the global financial system. This is because, the u.s. housing market crisis affected so burdensome, several financial institutions around the world. It remained unclear, so the domestic economies have influence over each other. In spite of having originated in central countries of developed economy, its reflections and effects were felt by peripheral countries with economies considered in development, a fact that in itself denotes the need for a new model of intervention, particularly with regard to supervision and regulation of the banking market, which allows economic and financial exchanges not translates into fact deterrent to growth and development. In addition, the crisis demonstrated satisfactorily that even countries considered developed their internal economies aren't immune to variations and fluctuations of the international order, and there is need to establish bodies and instruments that are translated into effective mechanisms of supervision and regulation. In addition, the crisis of the euro area, notably in Portugal, Italy, Ireland, Greece and Spain, also revealed the fragility of Europe's regional financial system. On the other hand, the framework of constant political instability of Latin America brought to light the many weaknesses of their domestic economies. In this context, the constitutional law and the economic law, seek new paradigms of State regulation, with inexorable consequences as regards the regional geopolitical configuration. This article purport to analyze the legal and economic impacts that the U.S. subprime financial crisis, euro area and neo Latin American populism had in North America, Europe and South America, with emphasis on the latter, including as regards the new doctrines applied.

KEYWORDS: Theory of the Norm. Constitutional Law. Neoconstitucionalismo. Comparative Law. Law Systems. Economic Law. State Intervention in the Economic Order.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva, dentro do campo filosófico da Teoria Norma, verificar os impactos doutrinários que as Crises Financeiras norte-americana do subprime, da zona do euro e do neopopulismo latino americano tiveram sobre a ordem jurídica e econômica da América do Norte, da Europa e da América do Sul.

Para tanto, analisará quais são as novas doutrinas do direito constitucional contemporâneo, bem como as influências que tem na ordem econômica.

Ato contínuo, estudar-se-á como se procederam as crises financeiras retro mencionadas, bem como quais os efeitos que as mesmas produziram no posicionamento jurídico estatal, mormente no que tange ao intervencionismo incidente sobre o processo de geração de rendas e riquezas, bem como sobre os mecanismos de ingerência na ordem econômica.

Por fim, objetiva estabelecer quais são os limites jurídico de influenciação estatal na geopolítica da América do Norte, da Europa e da América do Sul, com ênfase nesta última.

1 TEORIA DA NORMA

O estudo do direito, quanto ciência social aplicada, deve, necessariamente, partir do estudo da norma jurídica. Por sua vez, norma pode ser entendida como todo comando de conduta a ser observado no meio em que se vive. Em termos filosóficos, normas são razões ou motivos para se autoconduzir, levando a crença e/ou ao sentimento. Elas prescrevem maneiras de ser do indivíduo ao mundo ao invés de meramente descrever os acontecimentos do mundo. Portanto, as normas traduzem o cumprimento de comandos de conduta de acordo com os valores por estas tuteladas, aplicadas no meio em que se vive e vinculando os indivíduos a padrões socialmente aceitos.

Fácil verificar que diversas normas fazem parte de nosso cabedal de valores e compõe a individualidade de cada um são espontaneamente observadas e cumpridas, por serem fruto de condicionamentos que nos são passados a guisa de educação e formação pessoal. Assim, por fazerem parte do cotidiano behaviorista, sendo originárias de unidades analíticas de respostas e de estímulos oriundas do meio em que se convive, não necessitam de maiores cuidados para serem devidamente respeitadas.

Todavia, quando os valores sociais em jogo são dotados de maior importância, o comportamento padrão passa a ser dotado de maior eficácia, no sentido de impor aos membros da sociedade sua observância obrigatória. A partir desse ponto, quando o Estado passa a exigir de seus indivíduos o respeito a determinados valores, sob pena de punição, a norma passa a ser dotada de relevância jurídica, deixando de ser meramente familiar, religiosa ou educativa.

A norma jurídica é caracterizada por sua coercitividade, através disso, sistematiza os comandos de condutas behavioristas (comportamentais) e coage os indivíduos a se comportarem pela forma por ela esperada e desejada.

Objetiva-se, com a criação da norma, dar respostas de comportamento e conduta à sociedade, em face dos fatos produtores de consequências nem sempre desejáveis, dentro de uma linha daquilo que é razoavelmente necessário e estritamente proporcional a se exigir do indivíduo para a vida na coletividade.

A norma tem gênese no processo político-eleitoral de debate e discussão parlamentar, no qual os representantes do povo vão escolher quais os valores que devem ser tutelados e ter prelação para a garantia e a manutenção da paz social, diante dos fatos sociais, sendo representada graficamente por meio de leis escritas, as quais são dotadas de proteção jurídica, o que lhe garante obediência e observância obrigatória por todos os indivíduos que vivem em sociedade.

Ao presente estudo, interessa a análise da norma jurídica como instrumento legitimador e operacionalizador do processo de ingerência estatal na geração de rendas e riquezas, bem como na ordem econômica.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O neoconstitucionalismo se trata de movimento doutrinário recente que discute as formas de legitimação popular no processo de reforma e contextualização constitucional. Opõe o princípio da racionalidade constitucional, de que deriva o núcleo imutável constitucional de cláusulas pétreas, em face do princípio da democracia majoritária, que garante o respeito à vontade da maioria popular no que se refere ao processo de reforma constitucional.

Possui um duplo significado que, não raro, é relegado a um patamar de somenos relevância. Visto sob uma ótica conceitual e mais teórica,

pode-se identificar o neoconstitucionalismo como um novo método de análise do direito, de forma mais ideológica, afastando-se um pouco das clássicas concepções do positivismo que orbitam em torno do racionalismo.

Sob um prisma pragmático, tal expressão destaca alguns elementos estruturais dos sistemas jurídico-constitucionais típicos do período posterior ao término da segunda grande guerra. Assim, o neoconstitucionalismo, enquanto uma nova teoria geral, foca-se nas transformações empíricas decorrentes do fato da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Sob esta ótica, o neoconstitucionalismo ressalta o elemento descritivo ou empírico de sua teoria no que se refere à identificação das principais transformações históricas, dogmáticas e institucionais verificadas no Direito Constitucional contemporâneo. Assim, a norma constitucional passa a irradiar os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, de forma cogente. Tal força dogmática constitucional é aceita em inúmeros sistemas jurídicos contemporâneos, inclusive no Brasil.

Assim, tem fortes desdobramentos no que se refere ao exercício de jurisdição constitucional, especialmente no que tange ao controle das políticas públicas propostas pelo legislativo a serem implementadas pelo executivo por parte do judiciário.

A Constituição estatui limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes constituído de tal maneira que um controla o outro (checks and balances dos anglo-saxões), e o judiciário aparece como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do judicial review (dos norte-americanos). Mister ressaltar, ainda, que o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista, que posteriormente lhe serviu de suporte ideológico, identificando ordenamento jurídico e Estado, originaram os institutos acima e consolidaram a ideia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno.

Assim, a renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, a teoria constitucional assume um aspecto de norma diretiva fundamental, que dirige a atuação dos poderes públicos e condiciona a conduta dos particulares, com o fim de garantir a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de

Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de norma diretiva fundamental. Reserva-se, portanto, ao poder constituído judiciário um papel fundamental de moderação da vontade estatal dos poderes constituídos legislativo e executivo, indo além do mero controle de constitucionalidade e de legalidade, respectivamente, situando-se, inclusive, no controle de políticas públicas, mormente aquelas que possuem sede no texto constitucional.

Com a ampliação da jurisdição constitucional, por meio da implementação teórico-pragmática do neoconstitucionalismo, pode-se identificar os seguintes elementos de estruturação processual:

- a) a existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um quorum qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais;
- b) a existência de uma garantia jurisdicional da Constituição mediante a previsão de alguma modalidade (ou de várias) de controle de constitucionalidade das leis;
- c) o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da Constituição, que defende a ideia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa e, portanto, suscetível de produzir alguma modalidade de efeito jurídico;
- d) as normas constitucionais condicionam a interpretação de todas as normas jurídicas. Neste sentido, podemos afirmar que toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Em suma, as normas constitucionais passam a constituir um “filtro” ou “lente” através do qual todas as normas jurídicas devem ser interpretadas.
- e) a aplicação direta das normas constitucionais. Esta condição encontra-se intimamente relacionada com a ideia de força normativa da Constituição. Toda norma constitucional é norma jurídica e, portanto, dotada de imperatividade e suscetível de produzir, em graus diversos, efeitos jurídicos imediatos.
- f) a interpretação das leis conforme à Constituição, enquanto uma técnica de interpretação das leis à luz das normas

constitucionais com o objetivo de manter-lhes a validade jurídica.

- g) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Esta condição cuida do fenômeno da judicialização da política, segundo o qual certos conflitos de natureza eminentemente política ou envolvendo temas morais profundamente controversos, bastante frequentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento em normas constitucionais.

Neste contexto, surgem as seguintes indagações:

- a) É possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito?
- b) O princípio da maioria (democracia representativa/majoritária) pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada “liberdade de conformação do legislador”?

Com a crise do modelo estatal intervencionista ocorrida no pós-segunda guerra, surge um terceiro modelo de Estado Democrático que conjuga os postulados liberais, com a necessidade de interferência mínima do Poder Público, tão somente, para assegurar a realização e o alcance de metas previamente estabelecidas e socialmente desejáveis. A preocupação com os direitos fundamentais e a democracia engendram textos constitucionais que avançam nitidamente em relação aos fundamentos do velho liberalismo e à noção puramente intervencionista do Estado Social. A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Assim, passa-se a se debater o papel dos poderes constituídos no processo de construção da Nação.

Neste debate, surgem duas correntes doutrinárias que constroem o modelo de jurisdição constitucional e de tribunais constitucionais: uma capitaneada pela escola alemã tendo como principal defensor Jürgen Habermas; e outra pela escola norte-americana, tendo como figura central Ronald Dworkin. Concomitantemente ao debate sobre a questão do controle jurisdicional das políticas públicas encontra-se um diálogo que busca estabelecer respostas adequadas sobre a função da Constituição,

do ponto de vista da imutabilidade normativa (cláusulas pétreas) em detrimento de futuras gerações e sua força majoritária. Dessa maneira, o constitucionalismo contemporâneo tem presenciado um conflito de propostas diversas (embora não de todo antagônicas) a respeito do papel que deve cumprir a Constituição.

2.1 Procedimentalismo

Oriundo da escola alemã, tendo como principal pilar Jürgen Habermas. Sustenta que apenas cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas. Nenhuma geração poderia impor à seguinte suas próprias convicções materiais.

A visão procedimentalista pretende, portanto, reservar à Constituição uma função minimalista do ponto de vista material. Pretende que ela não subtraia das maiorias futuras a legitimidade para, conforme suas experiências próprias, decidirem a respeito de seus próprios valores, políticas e fins. Em simplória expressão, prima por preservar as regras do jogo, deixando os resultados por conta dos grupos que obtiverem maior representatividade a seu tempo.

Para os adeptos do procedimentalismo, uma vez que a Constituição se trata de documento que garante as formas de participação popular majoritária na condução da vida política da Nação, competindo a cada geração a definição e a implementação de suas políticas públicas, não está o Poder Constituído Judiciário, em exercício de jurisdição constitucional, autorizado a interferir no cenário político e desconstituir os atos que julgar incompatíveis com o ordenamento jurídico, sendo-lhe reservado um papel mínimo de proteção aos direitos fundamentais, bem como de respeito formal no que se refere ao controle de constitucionalidade nas normas legais.

2.2 Substancialismo

Originário da escola anglo-saxã, tem como principal defensor Ronald Dworkin, além de H. L. A. Hart. Sustenta que cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se considerem essenciais e consensuais. Segundo a concepção substancialista da Constituição, cumpre a esta a determinação de metas políticas e de valores

fundamentais (caráter compromissário da Constituição) de necessária observância das futuras gerações, de maneira que as maiorias vindouras terão espaços de deliberação, mas não terão chances de penetração na pauta político-axiológica salvaguardada pelas opções constitucionais.

Na visão substancialista o papel reservado à jurisdição e ao tribunal constitucional torna-se essencial no que se refere à condução da vida política da Nação. Em que pese os poderes constituídos executivo e legislativo gozarem de representatividade popular majoritária, compete ao judiciário moderar a vontade dos outros, inclusive no que se refere ao controle de políticas públicas.

Seu parâmetro de controle será as normas compromissárias da Constituição, que servem de norte para legitimar a interferência dos tribunais na desconstituição dos atos legislativos e executivos que não albergarem, efetivamente, os valores sociais previstos na Constituição a serem alcançados e implementados com a condução da vida política da Nação.

2.3 Da dialética doutrinária

Em defesa dos procedimentalistas, argumenta-se com frequência que a judicialização das políticas públicas afronta o princípio da separação de poderes, sendo levantados, ainda, como obstáculos ao controle jurisdicional de políticas públicas, as limitações orçamentárias e a reserva do possível. Há que se analisar tais argumentos, porquanto, de fato, a implementação de direitos fundamentais positivos exige a disponibilidade orçamentária e está sujeita a limitações de recursos financeiros.

O orçamento deve ser entendido como um instrumento de implementação das disposições constitucionais, a expressão do planejamento das políticas públicas a serem realizadas pela Administração Pública. A Constituição vincula a elaboração e execução das leis orçamentárias, exigindo a previsão de programas e planos de ação governamental destinados à implementação dos direitos fundamentais sociais.

Não se pode mais encarar o orçamento como simples peça contábil de previsão de receita e fixação de despesa, mas sim como verdadeira expressão do planejamento estatal voltado ao desenvolvimento social e econômico. Todavia, a realização material dos direitos sociais constitucionalmente assegurados esbarra na escassez de recursos públicos. Para tentar resolver o problema da escassez de recursos e o cumprimento de direitos fundamentais

positivos, a doutrina propõe a aplicação do método de ponderação, pelo qual a prestação pleiteada pelos cidadãos deve estar cingida àquilo que se pode razoavelmente exigir do Poder Público.

Ainda que existam recursos, há o limite do razoável que veda aos cidadãos exigirem do Estado aquilo que possam prover como seus próprios recursos. Entretanto, segundo tal doutrina impende reconhecer que o direito a um mínimo vital, à educação escolar, à assistência médica, à formação profissional, deve ter a efetivação garantida pelo Poder Público, por conta de que é mínimo o conflito com os demais princípios constitucionais, competindo ao Judiciário assegurá-lo.

Por sua vez, no que se refere ao processo de ingerência estatal na geração de rendas e riquezas da Nação, a escola procedimentalista permite maior campo de atuação estatal, por meio de normas infraconstitucionais. Tal fato gera um quadro de maior incerteza no mercado privado, uma vez que o planejamento estatal para a Ordem Econômica fica ao alvitre de paixões político-partidárias, dando margem a intervenções imprevisíveis.

De outro giro, a corrente substancialista permite um cenário de maior previsibilidade, uma vez que o modelo de intervenção estatal tem seus contornos e limites constitucionalmente estabelecidos, não dando azo a maiores interferências políticas no planejamento econômico e estatal.

3 INTERVENCIONISMO ESTATAL E O PENSAMENTO ECONÔMICO

A evolução histórica do pensamento econômico tem como ponto de partida o declínio do Estado Absolutista, que enfeixava todos os poderes na mão do rei, cuja concentração de força impedia o desenvolvimento de qualquer teoria que objetivasse reconhecer aos súditos direitos em oposição às ordens do monarca. Vigorava a máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem*, que se traduzia na egocêntrica visão de Luís XIV, *L'État c'est moi* (O Estado sou eu). O modelo absolutista de Estado foi fruto da necessidade de se centralizar a autoridade política em torno de um único órgão ou ente de decisão, o qual, no modelo político vigente à época, era a figura do monarca, que monopolizava todas as funções públicas, uma vez que não havia, ainda, a especialização destas. Resultou do declínio do mosaico de Estado feudal, que se caracterizava pela descentralização dos centros de decisão política. Observe-se que, durante o auge do Estado Absolutista, diversas leis interferiam indevidamente na esfera de domínio privado do indivíduo. Nesta época, por exemplo, os nubentes só podiam consumir o casamento após autorização do rei, que tinha o direito de copular

com a noiva antes do noivo. Quando quisessem ter um filho deveriam solicitar uma permissão ao monarca, que lhes entregava uma placa que deveria ser pendurada nas suas portas. A placa dizia: F.U.C.K. (Fornication Under Consent of the King) ou “Fornicação Sob o Consentimento do Rei”³. Somado a isso, a tributação cobrada pelo monarca se dava por meio do confisco da produção e da propriedade do indivíduo, não raro sob pena do cerceamento do direito de liberdade.

Podemos destacar, portanto, que o declínio ideológico do Absolutismo se deu com a necessidade da sociedade em estabelecer direitos e garantias individuais que protegessem os súditos dos abusos perpetrados pelo Soberano. Como marco histórico, tem-se a Constituição do Rei João Sem-Terra, na Inglaterra, em 1215, que trouxe a lume o princípio da legalidade, concebido como forma de limitação da atuação do Estado no campo tributário.

Contudo, como a história não dá saltos, observamos que o declínio absolutista consolidou-se ideologicamente com a teoria da separação dos poderes desenvolvida pelo Barão de Montesquieu, a partir das ideias de formas puras de governo pensadas por Aristóteles, cuja obra *Lesprit des lois* (1748) é o marco filosófico de tal movimento, culminando na Revolução Francesa (1789), tendo como expressão máxima a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi uma das principais obras que marcou a origem dos direitos de 1ª geração – direitos individuais, em que pese outros ordenamentos jurídicos já terem positivado tais direitos anteriormente (Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia/EUA, 1776).

Em que pese a distribuição de bens, rendas, riquezas e prestação de serviços fazer parte e estar presente em todos os períodos da história humana, a partir da necessidade de se organizar juridicamente a Nação em torno de funções especializadas, dada ao aumento de complexidade das relações sociais, passou-se a estudar a economia com métodos de observação científicos. Consequentemente, as normas jurídicas, ainda que de forma incipiente, passaram a regular as novas formas de interação entre os indivíduos e entre estes e os detentores dos fatores de produção.

Observe-se que o Estado Absolutista deu lugar ao Estado Liberal, que se caracterizava na plena garantia das liberdades individuais (... *laissez-faire, laissez-passer*...), tendo auge no século XIX. O Estado deixava a

3 Quando chegou aos EUA, essa abreviação assumiu um novo significado: se alguém fosse preso por sexo ilegal, era condenado “por conhecimento carnal ilegal” (For unlawfull Carnal knowledge). Carnal Knowledge era uma expressão usada para designar uma conjunção sexual ilegal (estupro é uma conjunção carnal ilegal, por exemplo).

condução dos negócios jurídicos ao livre-arbítrio das partes interessadas, que exerciam seus direitos individuais de forma irrestrita, focando seus esforços, tão somente, na garantia da segurança pública interna, bem como na manutenção da ordem externa.

Economicamente, o surgimento do Estado Liberal sustentou-se no aquecimento das relações comerciais e no aparecimento de novos fatores de produção (capital), oriundos do mercantilismo e da ascensão da classe burguesa, dando origem à ciência econômica e sua teoria clássica de microeconomia.

Todavia, as imperfeições do regime liberal clássico não tardaram a aparecer. Isto porque o funcionamento desse pressupunha certa igualdade e um ambiente concorrencialmente perfeito, para que, através da competição equilibrada entre os agentes, se alcançasse os interesses coletivos. Como tais pressupostos nunca foram efetivados, houve a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais, acirramento das desigualdades sociais, bem como por conflitos bélicos em escala mundial.

O exercício indiscriminado dos direitos e liberdades individuais sem um aparato jurídico que lhe impusesse limites preestabelecidos, teve consequências nefastas para a sociedade, uma vez que, no campo interno, concentrou demasiadamente os fatores de produção e riquezas nas mãos de poucos, gerando as lutas de classes e injustiças sociais, bem como, no campo externo, acirrou as disputas por mercados econômicos, que culminou na 1ª Guerra Mundial, desdobrando-se na 2ª Grande Guerra.

Com o agravamento da questão social interna, isto é, a marginalização das classes menos favorecidas, bem como o aparecimento dos párias sociais, dentre outros fatos ocorridos, presenciamos o nascimento dos direitos de 2ª geração, isto é, os direitos de cunho social, tais como o direito do trabalhador e o direito à seguridade social (previdência, assistência e saúde).

Outrossim, a concentração de riquezas e dos fatores de produção nas mãos de poucos se mostrou perniciosa ao mercado econômico, uma vez que gerou práticas abusivas prejudicando e eliminando a livre-concorrência necessária à manutenção saudável dos mercados respectivos. Destaca-se na América do Norte, no fim do século XIX, o nascimento das primeiras leis de intervenção no mercado (antitruste).

Assim, após os conflitos sociais do século XIX, bem como dos grandes conflitos mundiais, presenciou-se o aparecimento do Estado Intervencionista e o nascimento das primeiras normas de caráter jurídico-econômico, no qual

a autonomia de vontade das partes na atividade econômica é mitigada pelo direcionismo estatal, sobrepondo-se os interesses coletivos e transindividuais aos interesses individuais. Observe-se que a ciência moderna da Economia volta seus interesses ao estudo dos agentes econômicos e dos fatores de produção com o mercado em perspectiva coletiva (macroeconomia).

Assim, com a derrocada do modelo de Estado liberal, houve a ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica e dos mercados, sendo abandonado o liberalismo puro, adotando-se, destarte, diferentes formas e aspectos intervencionistas, cada qual influenciado pelo ideário político da corrente partidária que se encontra no poder, conforme adiante explicitado.

Surge o intervencionismo estatal, caracterizado por forte interferência do Poder Público na sua Ordem Econômica, sob duas vertentes dominantes: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar Social, este último consolidado nas democracias ocidentais após a Segunda Guerra Mundial.

Como decorrência dos fatos acima delineados, presenciamos o aparecimento dos primeiros blocos econômicos internacionais e o nascimento dos direitos de 3ª geração, que são os direitos cuja titularidade pertence a toda a sociedade, tendo caráter nitidamente coletivo e transindividual (meio ambiente, defesa do consumidor, defesa da concorrência, dentre outras).

O modelo socialista caracterizou-se pela absorção total da atividade econômica por parte do Estado. Por sua vez, no modelo social, a intervenção na atividade econômica apresenta-se mais moderada, objetivando garantir que sejam efetivadas políticas de caráter assistencialista na sociedade, para prover os notadamente hipossuficientes em suas necessidades básicas.

O Estado intervencionista, em virtude do superdimensionamento da máquina estatal, gerando déficit no orçamento público, uma vez que as despesas a serem realizadas pelo Poder Público ultrapassaram o volume de receitas arrecadadas, cedeu lugar ao Estado neoliberal, ou, como preferem diversos autores nacionais, ao Estado regulador, fortemente inspirado no ideário político da social-democracia.

Isto porque esse paradigma de Estado interventor, parâmetro e modelo para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, foi alvo de duras críticas, porquanto se demonstrou ineficiente, paternalista e incompetente, não se revelando capaz de atender

com presteza e eficiência à demanda dos cidadãos, sendo, ainda, responsável por vultosos endividamentos e déficits nas contas públicas.

A experiência histórica revelou que se tratava de um modelo de Estado esbanjador, superestimado, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes, tais como transporte, habitação, saúde, educação e segurança pública, dentre outras.

No que tange à sua relação com os indivíduos, revelou-se igualmente pernicioso. Levou o cidadão a sentir-se sufocado e refém nas mãos do Estado-pai e, concomitantemente, a achar-se no direito de eternamente ficar no ócio e clamar do Poder Público a resposta a todo e qualquer anseio e necessidade. Igualmente, políticas públicas concebidas para efetivação dos ditames de justiça social apresentavam-se de cunho muito mais demagogo, do que social, fato que contribuía, em demasia, para o processo de ócio coletivo.

Assim, a partir desse descrédito no potencial empresário e provedor do Estado, como instrumento para atingir, de forma eficaz, o progresso e a transformação social, os papéis que antes lhe foram destinados passaram por uma redistribuição, no intuito de reduzir o tamanho da máquina burocrática, devolvendo-se à iniciativa particular as atividades que estavam sendo insatisfatoriamente prestadas pela máquina estatal.

O pêndulo retorna à iniciativa privada, de modo a assegurar-lhe o papel de protagonista na sociedade, dando-se um retorno comedido ao ideário liberal, permeado, agora, pela presença do Estado, na qualidade de agente normatizador e regulador de sua Ordem Econômica.

O novo posicionamento estatal regulador passou a concentrar esforços em áreas que considera como típicas de Estado, abandonando-se o direcionismo estatal nas atividades econômicas, ficando este apenas como agente regulador da atividade econômica.

Assim, o Estado Regulador apresenta-se como a forma de posicionamento econômico estatal adotado em decorrência da crise gerada pelo fracasso da experiência liberal, pelo superdimensionamento da área de atuação estatal pregada pelo Estado Social, bem como da inoperância do Estado Socialista cuja experiência histórica mostrou-se igualmente mal sucedida.

Destarte, busca-se com este modelo um retorno comedido aos ideais do liberalismo, sem, contudo, abandonar a necessidade de sociabilidade

dos bens essenciais, a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana bem como os ditames de justiça social, permeados e aliados, agora, à livre-iniciativa e à defesa do mercado.

Caracteriza-se numa nova concepção para a presença do Estado na economia, como ente garantidor e regulador da atividade econômica, que volta a se basear na livre-iniciativa e na liberdade de mercado, bem como na desestatização das atividades econômicas e redução sistemática dos encargos sociais. Tem por fim garantir equilíbrio nas contas públicas, sem, todavia, desviar o Poder Público da contextualização social, garantindo-se, ainda, que este possa focar esforços nas atividades coletivas e essenciais.

Em virtude da Crise Financeira, desencadeada pelo mercado imobiliário norte-americano, com reflexos no sistema financeiro internacional por toda a Europa, Ásia e demais continentes, o modelo estatal regulador foi colocado em teste e passa por um período de reformulação. Nos Estados Unidos da América, volta-se a uma maior ingerência do governo sobre diversos setores da economia, ao passo que na Europa discute-se, de forma muito calorosa e nem sempre amistosa, a redução de benefícios e direitos sociais, como forma de manter e aumentar os postos de emprego. Aproxima-se, destarte, de um retorno ao modelo de intervencionismo econômico, onde a preocupação maior do Estado tem como centro da defesa do mercado, situando-se perifericamente na questão social.

Por sua vez, a América Latina experimenta um processo de intervencionismo em seus mercados, oriundo do movimento denominado de Novo Constitucionalismo Latino Americano, com grande intensidade na Venezuela, na Bolívia e no Equador, bem como, de forma mais incipiente, na Argentina. Tal doutrina, sob a justificativa de criação de um Estado Plurinacionalista, baseada em inclusão igualitária, permite e autoriza medidas interventivas no mercado muito próximas e com estreita semelhança com o intervencionismo socialista.

4 A CRISE FINANCEIRA DO SUBPRIME DE 2008

No que se refere à origem da crise financeira de 2008, vários fatores contribuíram para seu surgimento.

Na década de 1980, em virtude do avanço dos ideais neoliberais tanto nos Estados Unidos da América, com a gestão de Ronald Reagan, quanto na Inglaterra, sob a administração de Margareth Thatcher, permitiu-se uma menor regulação sob o mercado financeiro, aumentando sua liberdade de

atuação em nichos tradicionalmente reservados aos bancos comerciais. Tal fato aumentou e facilitou o acesso ao crédito, permitindo maior circulação de capital nesses mercados internos.

Em virtude da pouca inflação doméstica, que levou a uma política de juros baixos determinada pelo Federal Reserve norte-americano, aliada a forte competitividade entre as diversas instituições financeiras, sempre em busca de aumentar a lucratividade, houve procura, na década de 1990, por mercados externos, mormente as economias periféricas que buscavam abertura para atrair investimentos estrangeiros. Todavia, tal migração de capital revelou-se periclitante tanto para as economias desenvolvidas quanto para as em desenvolvimento. Isso porque em que pesem as economias periféricas apresentarem uma atrativa política de cobrança de juros altos, o grau de inadimplimento experimentado traduziu-se em risco inadequado aos investidores externos, fato que levou à busca por soluções alternativas, tais como o incipiente mercado virtual de empresas de internet.

Em meados de 2001, em virtude de forte queda experimentada nas empresas do mercado virtual, o Federal Reserve passou a incentivar o mercado imobiliário, por meio de duas agências de crédito, a Fannie Mae e a Freddie Mac, atraindo investidores externos e abrindo diversas linhas de crédito à clientela de baixa renda, com perfil de risco considerado, a princípio, inadequado para esse tipo de operação financeira.

Como garantia de retorno de investimento, utilizaram-se os próprios imóveis, por meio de contratos de hipoteca, denominados subprime. Acreditava-se no potencial de valorização dos imóveis financiados que, diante de eventual inadimplimento, estariam com valores de mercado acima do preço original, fator que permitiria o retorno do capital investido, bem como uma margem de lucro satisfatória às instituições financeiras, com a eventual execução das hipotecas. Além disso, o próprio governo norte-americano, por meio do Federal Reserve, atuava como grande avalista de todo o mercado, fato que o tornava extremamente atrativo para investidores em todo o mundo. Assim, a Fannie Mae e a Freddie Mac captavam investimentos por todo o mundo, valendo-se dos fatores acima como forma de atração.

Conforme leciona Fernando Cardim de Carvalho⁴:

4 Dossiê da crise. *Associação Keynesiana Brasileira*, 2009. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/akb/dossie-crise.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2009. p. 16.

Um mercado muito mais promissor era o mercado de financiamento imobiliário dos Estados Unidos. O estoque de hipotecas nos Estados Unidos ronda a casa dos 10 trilhões de dólares, metade dos quais conta com o suporte das empresas paraestatais conhecidas como Fannie Mae e Freddy Mac. Este mercado, porém, é um mercado essencialmente maduro, de crescimento relativamente lento, especialmente depois que a população americana começou a envelhecer. Para instituições financeiras em busca de novas fronteiras era preciso descobrir modos de ampliá-lo mais intensamente que o simples crescimento vegetativo da população. O modo encontrado foi a abertura do mercado dos tomadores chamados de subprime. Contratos de financiamento de compra de residências, chamados de hipotecas residenciais, são contratos de longa duração, em que o próprio imóvel é dado em garantia do empréstimo. O comprador não se torna proprietário do imóvel até que o pagamento seja completado. Se o comprador der um calote, o financiador simplesmente retoma o imóvel, podendo então revendê-lo para recuperar seu prejuízo. O banco financiador da hipoteca normalmente não deseja retomar o imóvel. Quando isso acontece, não apenas o banco perde a receita de juros sobre o empréstimo, como ainda tem que cobrir as despesas de conservação do imóvel, de revenda para terceiros etc. No entanto, quando o comprador para de pagar o empréstimo, a retomada do imóvel é uma forma de reduzir os prejuízos. Para reduzir as chances de ter de retomar o imóvel, o banco que emprestava a hipoteca, tradicionalmente, fazia uma análise detalhada da ficha de crédito do candidato a financiamento, examinando sua renda, seu crédito na praça, suas perspectivas profissionais etc. de modo a reduzir a chance de efetuar um empréstimo a alguém que não pudesse pagar de volta o dinheiro tomado. Os tomadores que não preenchessem essas condições não receberiam empréstimos. O termo subprime, que se tornou tão conhecido em todo o mundo, identifica precisamente os indivíduos que não teriam renda, ou garantias, ou história de crédito que justificassem a concessão do empréstimo. Em outras palavras, essas eram as pessoas que ficavam de fora do mercado de financiamento de imóveis, por falta de qualificações suficientes para convencer as instituições financeiras de que era um risco aceitável.

Aliado a esses fatores, o mercado norte-americano não passou por qualquer crise financeira desde 1980, sendo uma das economias, até então, mais estáveis e confiáveis, fato que se traduzia em garantia de retorno a qualquer investidor.

Todavia, o subprime teve como público-alvo população de baixa renda, sem capacidade de solvabilidade para tanto, fato que se

traduziria, inexoravelmente, em inadimplemento e risco inadequado para os investidores. Como forma de aumentar as garantias em torno do investimento, criou-se um sistema de securitização operacionalizado por meio de emissão de títulos mobiliários derivativos dos contratos subprime, conhecidos como derivativos.⁵ Tais valores mobiliários são oriundos de contratos ou operações financeiras de longo prazo, as quais o investidor que os adquire tem como garantia de retorno os pagamentos a serem efetuados, lastreando-se em crédito futuro e na certeza do adimplemento.

Em virtude do reajuste na taxa de juros autorizado pelo Federal Reserve, por conta de uma alta de inflação ocorrida em 2005, o ponto-chave da autorregulação do sistema foi duramente alterado, fato que gerou forte inadimplência, ante a falta de capacidade de solvabilidade dos respectivos devedores para arcar com aumento de juros em financiamento em longo prazo. Diante disso, a saída era executar as garantias reais do subprime, como forma de assegurar o retorno dos investidores que adquiriram os respectivos derivativos. Todavia, em face do grande volume de hipotecas a executar, o preço dos respectivos imóveis caiu drasticamente, não servindo para garantir a liquidez dos derivativos emitidos. Assim, os titulares desses valores mobiliários assistiram, impotentes, à queda de cotação destes, e igualmente à impossibilidade de negociação em mercado de bolsa ou de balcão, ante o inexorável prejuízo advindo da perda de ativos.

Destarte, em virtude do reajuste dos juros remuneratórios cobrados nos contratos de financiamento para aquisição de imóveis nos Estados Unidos da América, toda a Ordem Econômica Internacional foi abalada, gerando um efeito dominó que culminou com a quebra de instituições financeiras por todo o mundo.

4.1 Os efeitos da crise financeira do subprime de 2008

A primeira instituição financeira a sofrer com a crise de 2008 foi o tradicional e secular banco de investimentos norte-americano Lehman Brothers, fundado em 1850. Em que pese o banco inglês Barclay ter manifestado interesse na aquisição dos ativos do Lehman Brothers, o governo norte-americano recusou-se a ser garantidor desta operação, fato

5 Derivativo é um contrato no qual se estabelecem pagamentos futuros, cujo montante é calculado com base no valor assumido por uma variável, tal como o preço de um outro ativo (e.g. uma ação ou commodity), a inflação acumulada no período, a taxa de câmbio, a taxa básica de juros ou qualquer outra variável dotada de significado econômico. Derivativos recebem esta denominação porque seu preço de compra e venda deriva do preço de outro ativo, denominado ativo-objeto.

que levou ao encerramento de suas atividades e à abertura de seu processo de liquidação. Em seguida, a maior empresa de securitização dos Estados Unidos da América, a American International Group, conhecida pela sigla AIG, declarou publicamente estado falimentar, fato que alertou as autoridades econômicas norte-americanas sob o risco de uma crise sistêmica, com efeito dominó, atingindo diversos setores não só de sua economia doméstica, mas com reflexos em diversos outros países, dada a característica conglobante e multifacetaria do mercado de investimentos da América do Norte.

Todavia, em poucas semanas, a fragilidade da atual Ordem Econômica Internacional restou patente, ficando claro que as diversas economias domésticas envoltas, sejam as desenvolvidas ou as em desenvolvimento, não estavam imunes aos eventuais prejuízos oriundos da fase periclitante em que se entrava.

As maiores instituições financeiras de atuação transnacional, conforme noticiado amplamente na mídia, tais como o Citigroup e a Merrill Lynch (com sede histórica nos Estados Unidos da América), a Northern Rock (no Reino Unido), a Swiss Re e a UBS AG (na Suíça), a Société Générale (na França), registraram perdas vultosas em seus balanços, fato que acirrou o clima de desconfiança nas soluções de mercado. Por sua vez, no Brasil, empresas tradicionais como Sadia, Aracruz Celulose e Votorantin anunciaram perdas magistrais nos investimentos que realizaram no mercado de derivativos de câmbio internacional⁶.

Diante de tais fatos e da real possibilidade de colapso no sistema financeiro global, diversos governos operacionalizaram medidas interventivas em suas principais instituições financeiras. O governo da América do Norte decretou intervenção, por tempo indeterminado nas agências de crédito Fannie Mae e Freddie Mac, as quais passaram a seu controle direto, autorizando ajuda na ordem de dois trilhões de dólares às suas instituições financeiras.⁷ O Estado islandês assumiu o controle de seu segundo maior banco, o Landsbanki, anunciando, ainda, ajuda financeira sob forma de empréstimo na ordem de quinhentos milhões de euros a sua maior instituição financeira, o Kaupthing, por meio do Banco Central da Islândia.⁸ Por sua vez, diversos países da União Europeia, tais como

6 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u449171.shtml>>, <<http://portalexame.abril.com.br/ae/negocio/m0168643.html>> e <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u454722.shtml>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

7 Disponível em: <http://www.businessweek.com/bwdaily/dnflash/content/jun2007/db20070612_748264.htm>. Acesso em: 27 nov. 2009.

8 Disponível em: <<http://www.abril.com.br/noticias/economia/islandia-nacionaliza-maior-banco-pais-122716.shtml>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

os Países Baixos, a Alemanha, a França, a Itália e a Áustria anunciaram medidas de ajuda aos seus sistemas financeiros, que resultaram na injeção de 1,17 trilhões de euros no mercado⁹.

4.2 Considerações sob o atual modelo de intervencionismo Norte-americano de intervenção, em face da crise financeira de 2008

Em virtude da crise do mercado imobiliário norte-americano, com a quebra de diversas instituições de crédito, seu governo, por meio do Federal Reserve, adotou políticas, pouco ortodoxas e até então inéditas ao longo de sua história. Inicialmente, deixou de lado seu ideário liberal de intervencionismo mínimo e passou a subscrever o capital das instituições, bem como a securitizar os títulos de dívida inadimplidos.

Dessa feita, injetou-se no mercado algo, inicialmente, em torno de setecentos bilhões de dólares, evitando a quebra de diversas instituições financeiras e, conseqüentemente, uma crise sistemática, nos moldes da quebra da bolsa de Nova York de 1929. Estima-se que a aplicação de verbas públicas chegou a magnitude de dois trilhões de dólares.

Tal medida teve por finalidade aumentar a liquidez no mercado interbancário, impedindo o efeito dominó, com a falência sequencial e em cadeia de outros bancos. Buscou-se impedir, ainda que sem muito sucesso, que a crise se ampliasse em escala mundial.

Este pacote de medidas ampliou as políticas interventivas praticadas pelos Estados Unidos da América, uma vez que implicaram em injeção direta de subsídios públicos no mercado, por meio de subscrição de capital social das instituições financeiras, inclusive daquele com direito a voto, não apenas as tradicionais golden shares¹⁰. Todavia, todas as medidas governamentais visaram a proteção e defesa do mercado, não impedindo o impacto social negativo oriundo das demissões e da perda dos postos de trabalho.

9 Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/reuters/2009/03/05/ult29u66132.jhtm>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

10 A golden share ou ação de ouro é uma terminologia utilizada no mercado acionário. Via de regra, emprega-se esta categoria de valor mobiliário para criação de ações de classe especial, que serão retidas pelo poder público, quando este se desfaz do controle acionário de sociedades onde detinha participação. Tal processo de transferência de controle estatal costuma ser denominado de privatização, sendo uma das formas de desestatização. Assim, uma golden share representa a participação acionista detida pelo Estado, que apesar de ser minoritária, confere poderes especiais, tais como direito a veto nas assembleias gerais.

Concomitante à crise econômica, presenciou-se um avanço nos programas de assistência à saúde, com políticas de ampliação de acesso ao sistema norte-americano. Tal fato foi objeto de inúmeras críticas, mormente por se tratar de ação governamental sem precedentes nos Estados Unidos da América. Aprovada em março de 2010, a reforma do sistema de saúde foi uma das principais promessas da campanha que elegeu Barack Obama em 2008. Contestada judicialmente e o processo foi parar na Suprema Corte dos Estados Unidos. Em junho de 2012, a Corte máxima americana aprovou por cinco votos a quatro a “Patient Protection and Affordable Care Act” (lei da proteção ao paciente e assistência médica acessível). O tribunal considerou constitucional toda a reforma de saúde, inclusive o chamado Obamacare e sua disposição mais contestada, a proposta de tornar obrigatório a todos os americanos, exceto aqueles que vivem abaixo da linha da pobreza, adquirir um plano de saúde.

A lei obriga a todos os americanos a contratarem um seguro de saúde, sob pena de cair na malha fina da receita federal. Objetivando forçar competição e baixar os preços, a ofertas são feitas em mercados virtuais, a lei pretende ampliar a cobertura, dando acesso há cerca de 48 milhões de pessoas sem cobertura médica nos EUA. Por meio de uma política de subsídios cruzados, a lei cria um auxílio federal para famílias sem condições financeiras de pagar os custos totais dos planos e estabelece benesses tributárias a pequenas empresas, para as ajudarem na cobertura de saúde de seus funcionários. Estabeleceu, outrossim, critérios de cobertura mínima, obrigatoriedade de cobertura a doenças pré-existentes, proibindo os limites de gastos com tratamentos e a suspensão destes.

Segundo cálculos do próprio governo dos EUA, o programa custa algo em torno de 600 bilhões de dólares por ano, o que representa cerca de 17% do PIB americano. Some-se a isso que a previsão sob os custos anuais é de crescimento. A secretaria de Saúde americana projeta que entre 2013 e 2022, seus gastos com os programas federais vão aumentar em média 5,8% ao ano. Assim, essa taxa de crescimento pode elevar os custos sob a rubrica saúde para 19% do PIB em 2022, tornando-o inviável.

5 A CRISE DA ZONA DO EURO

Devido a uma série de acontecimentos em torno do crescente endividamento público, notabilizados nos primeiros meses de 2010, os países que têm o euro como moeda única foram afetados por uma crise sem precedentes na história do bloco.

Durante esse período, os Estados signatários dos acordos da União Europeia padeceram de uma crise de confiança em suas economias internas, com ataques especulativos aos títulos públicos de alguns países, turbulência nos mercados financeiros e nas bolsas, bem como de queda do euro, dentro de um contexto de incertezas e dificuldades para se chegar a um consenso sobre as medidas necessárias para enfrentamento e superação da crise.

5.1 A origem da crise

Podemos considerar que o ponto exordial foi a indisciplina fiscal e o descontrole das contas públicas em alguns países da zona do euro. Após a revelação de que a Grécia maquiava seu nível de endividamento, títulos soberanos de diversos países da zona do euro foram rebaixados pelas agências de risco, e a moeda comum caiu ao nível mais baixo em quatro anos.

Isto porque, diante de fortes rumores sobre uma possível moratória e até suspensão de pagamentos por parte do governo grego, investidores passaram a exigir taxas de juros mais excessivas para arrolar a dívida da Grécia, bem como conceder novos empréstimos.

Todavia, a perda do poder aquisitivo do euro atingiu todas as economias do bloco, levando a uma queda contínua de bolsas em toda a Europa. Assim, diante da real possibilidade de extensão dos efeitos da crise a demais economias de signatários da União Europeia, notadamente Portugal e Espanha, além da Irlanda e da Itália, foram concebidos planos de austeridade fiscal como instrumentos para se evitar eventual crise sistêmica e rebaixamento na avaliação de risco do endividamento público dessas economias, consideradas menos estáveis.

Para tirar a Grécia da crise, a União Europeia e o FMI impuseram uma série de medidas de austeridade fiscal, como condicionante ao socorro financeiro. Assim, o plano de ajuda a ser implementado incluía além de empréstimos e supervisão do Banco Central Europeu, a possibilidade, conforme expressa declaração do Conselho Europeu, da execução de uma operação de bailout¹¹ na Grécia, se fosse necessário.

11 Bailout é uma palavra inglesa (de bail: fiança, garantia) que, em economia e finanças, significa uma injeção de liquidez dada a uma entidade (empresa ou banco) falida ou próxima da falência, a fim de que possa honrar seus compromissos de curto prazo. Em geral, os bailouts são dados pelos governos ou por consórcios de investidores que, em troca da injeção de fundos, assumem o controle da entidade.

Todavia, a Alemanha, principal economia da zona do euro, dentre outros membros, exigiu maiores debates antes da implementação do plano, fato que levou a maiores atrasos, aumento do clima de incerteza e, conseqüentemente, a maiores quedas no euro e no mercado de bolsas.

5.2 O plano de ajuda e seus objetivos

Finalmente, em maio de 2010, França e Alemanha, duas lideranças no bloco, anunciaram que os signatários da Zona do Euro iriam elaborar um plano de defesa da moeda europeia, até a abertura dos mercados, para evitar novos ataques especulativos ao euro. A base jurídica para tal plano teve sede no artigo 122-2 do tratado europeu, que determina que “quando um Estado-Membro experimentar dificuldades, ou uma séria ameaça de graves dificuldades, em razão de catástrofes naturais ou de acontecimentos excepcionais que escapem ao seu controle, o Conselho, a partir de proposta da Comissão, pode conceder, sob certas condições, assistência financeira da União ao Estado-membro em questão”.

A esta medida adicionou-se a criação de um fundo de estabilização coletivo para a zona do euro. Assim, restou patente que o objetivo das lideranças europeias foi blindar o euro contra a especulação do mercado, indo além de um mero plano de resgate para a Grécia, uma vez que, numa primeira avaliação, concluíram que a estabilidade da zona do euro como um todo ainda não estava assegurada apenas com o programa grego. Como medida de garantia, foi determinado que todos os signatários da zona do euro deveriam, de forma segura e rápida, reduzir seus déficits orçamentais. Outrossim, ficou patente a necessidade de uma regulação mais forte para o mercado financeiro, como forma de se evitar ataques especulativos ao euro, que é, atualmente, um elemento essencial da Europa.

5.3 Reflexões sobre a crise do Euro

A crise provocou nova discussão sobre a coordenação econômica e integração fiscal da União Europeia, sendo apontadas a falta de um tesouro unificado e de um orçamento consolidado da Zona do Euro, como principais questões a serem sanadas.

Some-se a isso que, diante de eventual crise sistêmica nas contas estatais, todos os maiores países europeus tiveram, concomitantemente, que

adotar seus próprios planos de ajuste das finanças públicas, inaugurando uma era de austeridade.

Em uma análise inicial, mediante uma visão dupla, econômica e social, podemos chegar a duas conclusões:

- a) por uma perspectiva de mercado, as medidas regulatórias são apresentadas não como decisões baseadas em escolhas políticas, mas como imperativos de uma lógica financeira neutra, isto é, a estabilização da economia depende da aceitação da inexorável tendência do mercado e da implementação das ações necessárias para tanto, ainda que a custo de vitórias sociais, fruto de conquistas históricas;
- b) por sua vez, dentro de uma visão dos segmentos sociais envolvidos, dentre os quais merecem destaque a classe dos trabalhadores, pensionistas e estudantes, isto é, daqueles que se notabilizaram por protestar nas ruas, as medidas de austeridade constituem uma nova tentativa do capital financeiro internacional de dismantelar o que resta do Estado Intervencionista Social, uma vez que afeta diretamente as políticas sociais de inclusão e redistribuição de renda, notadamente as previdenciárias, educacionais e trabalhistas.

A união do bloco encontra-se em cheque. Enquanto Alemanha e França entendem essencial a manutenção da zona do euro, Inglaterra sinaliza a convocação de um plebiscito para decidir sobre sua continuidade ou não na União Europeia. Observe-se que, apesar de ser signatário dos Tratados de Roma, o Reino Unido não aderiu à Convenção de Schengen, de 1990, que foi o acordo de livre trânsito, tampouco adotou o euro como moeda.

5.4 Considerações sob o atual modelo de intervencionismo europeu, em face das crises financeiras de 2008 e da zona do euro

A crise financeira mundial, iniciada nos Estados Unidos cujo auge foi atingido em setembro de 2008, acirrou os déficits financeiros de algumas economias europeias, sendo mais sensível em países Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha. Sempre associada a imagem de altíssimo desenvolvimento econômico e bem-estar social, a Europa passou a ser vinculada às oscilações de mercado.

Assim, com o objetivo de diminuir os impactos negativos da crise sobre suas economias, aprovou-se um pacote de ajuda pecuniária para os setores mais críticos, com o fito de evitar perdas de postos de trabalho empregos e atenuar os efeitos negativos no setor financeiro, diminuindo o risco de eventual crise sistemática. Todavia, a injeção de verbas públicas no setor privado diminuiu a capacidade de arrecadação dos respectivos Estados, o que aumentou o déficit público.

Em que pese a crise norte-americana ter tido origem no setor privado, os impactos negativos na zona do euro deram-se e agravaram-se, essencialmente, por problemas fiscais. Isto porque, as economias de Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha, denominados pela sigla PIIGS, diante de um cenário negativo, revelaram que realizavam em despesas mais do que arrecadavam em receitas. Assim, para se financiar, acumulavam dívidas, em montante superior a margem de segurança estabelecida no Tratado de Maastricht, de 1992, a saber, 60% sobre o montante do PIB. Tal cenário descortinou um grave problema de descontrole nos gastos e nas contas públicas, no que se refere ao mosaico dívida/PIB. Portanto, os títulos de dívida pública dos PIIGS perderam credibilidade com um substancial aumento no risco de moratória. Houve um movimento de evasão de investimentos da Europa, mediante a antecipação de distribuição de dividendos e resgate dos títulos.

A ajuda financeira foi condicionada a uma série de medidas de ajustes fiscais que implicaram diretamente na relativização de direitos e benesses sociais, o que levou a insatisfação popular e a diversas manifestações.

Observe-se que as medidas intervencionistas na Europa se aproximaram de um intervencionismo meramente econômico centrado na defesa e manutenção da higidez do mercado, com foco secundário na área social.

6 O ATUAL MODELO DE INTERVENCIONISMO ORIUNDO DA CRISE FINANCEIRA DO NEOPOPULISMO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

Recentemente, a América Latina passa por uma onda de manifestações populares e reforma política, com fortes reflexos em sua ordem constitucional. Denominou-se tal movimento de Novo Constitucionalismo Latino Americano ou Novo Constitucionalismo Andino. Objetiva-se dar maior amplitude a participação política popular, valorizar o patrimônio histórico-cultural dos povos nativos ameríndios, promovendo a inclusão

sócio-política-econômica destes. Seu principal expoente doutrinário é o Professor de Direito Constitucional da Universidade de Valência Rubén Martínez Dalmau.

Tem como pressuposto a criação de um modelo de Sistema Jurídico plural, que contemple os segmentos sociais historicamente marginalizados. Atribui-se-lhes, com status de norma constitucional fundamental, uma gama de direitos políticos, exercidos de forma participativa e consensual, em caráter, aparentemente, isonômico com os demais segmentos que compõem a sociedade. Mitiga-se, assim, o modelo de democracia representativa majoritária para privilegiar um mosaico deliberativo-participativo, no qual os cidadãos, por meios de órgãos coletivos, tomam parte direta no processo de condução política da Nação, em paralelo ao Congresso Nacional ou qualquer outro órgão representativo, inclusive do Executivo ou do Judiciário.

Propõe-se, por meio do Novo Constitucionalismo Latino Americano, uma forma inédita de repartição de poderes e funções estatais, no qual o Legislativo, Executivo e Judiciário passam a conviver com os poderes Eleitoral e Popular (ou Cidadão). Para manutenção de tal mosaico, defende-se a concentração de funções em torno do Executivo, com mandatos mais extensos, possibilidade indefinida de reeleição, bem como outorga de competências legiferantes. Outrossim, em nome da inclusão socioeconômica, amplia-se a capacidade interventiva do Estado na Ordem Econômica, por meio de atos oriundos do Poder Executivo, permitindo-lhe, inclusive, suprimir a livre iniciativa e expropriar a propriedade privada.

Em que pese tal doutrina ainda ser incipiente, a mesma já encontra relevante ressonância na academia de direito brasileira¹².

Pedimos vênia, com todo o respeito aos defensores dessa nova doutrina, para discordar da mesma. Em verdade, o que se chama de Novo Constitucionalismo Latino Americano, que tem como ponto de partida a constituição da Venezuela (1999), e como marco normativo as constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009), trata-se, simplesmente, da adoção dos postulados socialistas, muito presentes na ordem constitucional de Cuba, que, por sua vez, é um ator muito influente na geopolítica dos países

12 WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

FELISBERTO, Rosana Ribeiro. Pluralismo, diversidade e cultura no Brasil. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Direito à diversidade e o Estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

acima. Em nome de uma pseudo-isonomia inclusiva, relativiza-se direitos fundamentais e liberdades individuais, instaurando-se regime ditatoriais e coletivistas, onde não há tolerância e respeito à vida, à propriedade, à liberdade, bem como a diversos valores fundantes de democracias republicanas. Outrossim, a instituição de conselhos ou coletivos de consulta popular, a fim de opinar e deliberar diretamente sobre a instituição de políticas públicas trata-se, salvo melhor juízo, da antiga formula adotada pelos regimes socialistas, com ampla e irrestrita ingerência estatal, sob o manto de implementação da supremacia do interesse público, para defesa da vontade popular, a despeito dos decantados soviets (conselhos operários).

Uma breve leitura comparativa das características do sistema socialista com o Novo Constitucionalismo da América Latina evidencia todos os seus pontos em comum. Troca-se o proletariado pela população indígena ou qualquer outro segmento social marginalizado, para justificar a ingerência máxima do Estado na vida dos cidadãos e do mercado, extirpando-se direitos fundamentais e liberdades individuais. Conforme já me manifestei sobre as características do Sistema Jurídico Socialista em obras anteriores:

Trata-se de uma adaptação jurídica do romano-germânico à filosofia marxista-leninista, que lhe dá as seguintes peculiaridades:

- a) a condução da vida em sociedade é estabelecida pelas diretivas políticas do partido comunista revolucionário;
- b) o império da lei é mitigado pela defesa e manutenção da revolução, o qual permite a supressão de direitos e liberdades individuais em garantia dos interesses coletivos revolucionários;
- c) garante-se ampla participação popular nas instituições pessoais, coletivas e públicas, caracterizando-se a gestão participativa em todas as instituições;
- d) a propriedade privada para a pessoa física, na qual se garante o direito ao uso, gozo, alienação e sequela, é substituída pela propriedade pessoal, a qual pode ser individualizada na titularidade de um cidadão, sendo-lhe vetado a exploração com finalidade lucrativa;
- e) a propriedade privada para a pessoa jurídica é substituída pela propriedade coletiva, na qual a gestão administrativa é efetuada de forma participativa com todos os trabalhadores, garantindo-lhes voz

ativa nas decisões gerenciais, bem como participação financeira nos resultados obtidos;

f) a gestão da máquina pública é compartilhada pelo corpo de servidores públicos, obedecendo-se as diretivas políticas estabelecidas pelo partido comunista revolucionário.

[...]

Ao direito constitucional é reservado o papel maior de ser o instrumento de legitimação e validade do sistema de direito, bem como a fonte primária e suprema do ordenamento jurídico. No sistema socialista, o direito constitucional assume a seguinte feição:

a) instrumento legitimador e de manutenção da autoridade política revolucionária, representada pelo princípio da unidade de poderes do Soviete Supremo;

b) instrumento definidor da autogestão das instituições coletivas, estatais e pessoais;

c) instrumento definidor das Instituições de Estado:

c.1) Soviete Supremo;

c.2) Presidium e Conselho de Ministros;

c.3) Comitê de Participação Popular;

c.4) Justiça, Prokuraturas e Advokaturas;

d) instrumento de garantia do federalismo soviético (15 repúblicas)¹³.

Perfazendo-se um exame perfunctório, sem muito esforço epistemológico, percebe-se que o modelo de repartição de poderes proposto pelo Novo Constitucionalismo Latino Americano é o mesmo implementado nos sistemas socialistas e totalitários. Concentram-se poderes em torno do Executivo, permitindo-lhe usurpar competência legislativa, revisar as decisões do Poder Judiciário e controlar o processo eleitoral, como era competência do extinto Soviete Supremo. A fim de dar

13 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 117 a 119.

uma pseudolegitimidade a todo esse mosaico ditatorial, instituem-se órgãos deliberativos de participação popular, os quais possuem um papel mais figurativo, do que protagonista. Em nome da inclusão social, planifica-se toda a economia, suprimindo direitos fundamentais, liberdades individuais e, por corolário, a livre iniciativa. Desta feita, o Estado, por intermédio do Executivo, expropria a propriedade privada, sem pagamento de justa e prévia indenização, criminalizando toda e qualquer forma de oposição e crítica a tais políticas.

Tal fórmula de Golpe de Estado político não é nova, tampouco inédita. Comparando-se com a Constituição brasileira de 1937, fácil perceber as semelhanças doutrinárias e normativas que concentravam poderes em torno do Executivo, o qual poderia exercer funções legiferantes de forma indefinida, rever as decisões do Judiciário, bem como intervir na economia ilimitadamente. Tudo feito e promovido sob a justificativa de atender os anseios populares.

Caracteriza-se, portanto, o Novo Constitucionalismo Latino Americano como um regime genuinamente totalitário, baseado em aflição, medo e estagnação social, somado a total deturpação dos instrumentos democráticos de legitimação de vontade popular. Tal modelo autocrático é descrito com perfeição por Hannah Arendt¹⁴:

Em lugar disso, o terror, tanto na Rússia soviética como na Alemanha nazista, aumentou na razão inversa da existência de oposição política interna, demonstrando que a oposição política, ao invés de fornecer o pretexto do terror, foi o último impedimento para que este alcançasse a fúria total. Mais perturbador ainda era o modo pelo qual os regimes totalitários tratavam a questão constitucional. Nos primeiros anos de poder, os nazistas desencadearam uma avalanche de leis e decretos, mas nunca se deram ao trabalho de abolir oficialmente a Constituição de Weimar; chegaram até a deixar mais ou menos intactos os serviços públicos – fato que levou muitos observadores locais e estrangeiros a esperar que o partido mostrasse comedimento e que o novo regime caminhasse rapidamente para a normalização. Mas, após a promulgação das Leis de Nuremberg, verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito sequer pelas suas próprias leis. Em vez disso, continuou a constante caminhada na direção de setores sempre novos, de modo que, afinal, o objetivo e a alçada da polícia secreta do Estado, bem como de todas as outras instituições estatais ou partidárias criadas pelos

14 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras. 2015. p. 533 a 534.

nazistas, não podiam de forma alguma definir-se pelas leis e normas que as regiam. Na prática, esse estado de permanente ilegalidade era expresso pelo fato de que muitas normas em vigor já não [eram] do domínio público. Teoricamente, correspondia ao postulado de Hitler, segundo o qual o Estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética, porque, quando se presume que a lei em vigor é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos, então não há mais necessidade de decretos públicos. A União Soviética, onde os serviços públicos pré-revolucionários haviam sido exterminados durante a revolução, e onde o regime pouco havia se incomodado com questões constitucionais durante o período de mudança revolucionária, chegou a dar-se ao trabalho de promulgar em 1936 uma constituição inteiramente nova e muito minuciosa (um véu de frases e preceitos liberais encobrindo a guilhotina escondida no fundo), fato que foi aclamado na Rússia e no exterior como o fim do período revolucionário. No entanto, a publicação da Constituição coincidiu com o início do gigantesco superexpurgo que, em menos de dois anos, liquidou a administração existente e apagou todos os vestígios de vida normal e da recuperação econômica conseguida durante os quatro anos que se seguiram à liquidação dos kulaks e coletivização forçada da população rural. Daí por diante, a Constituição stalinista de 1936 teve exatamente o mesmo papel que a Constituição de Weimar sob o regime nazista: completamente ignorada, nunca foi abolida; a única diferença é eu Stalin pode dar-se ao luxo de mais um absurdo – com exceção de Vishinski, todos os autores da Constituição (que nunca foi repudiada) foram executados com traidores. O que mais chama a atenção de quem observa o Estado totalitário não é, por certo, a sua estrutura monolítica. Pelo contrário, todos os estudantes sérios do assunto concordam pelo menos quanto à sua coexistência (ou conflito) de uma dupla autoridade, o partido e o Estado. [...] A relação entre as duas fontes da autoridade, entre o Estado e o Partido, é a relação entre uma autoridade aparente e outra real, de modo que muitos descrevem a máquina governamental do regime totalitário como fachada importante, a esconder e disfarçar o verdadeiro poder do partido.

Conforme acima narrado, os postulados defendidos pelos adeptos do Novo Constitucionalismo Latino Americano nada mais refletem do que os decantados instrumentos de dominação totalitária, muito bem apontados nas lições filosóficas de Hannah Arendt.

Tal posicionamento de concentração de poderes em torno do Executivo, com possibilidade de reeleição indefinida traduz-se na total

confusão entre ideologias político-partidárias com a defesa dos interesses do Estado, o que não se coaduna com os princípios que norteiam a democracia republicana. Ainda assim, tais institutos ditatoriais são defendidos, de forma sutil, sofismática e falaciosa, por Rubén Martínez Dalmau. Conforme entrevista dada à Folha de São Paulo, edição de primeiro de março de 2009:

FOLHA - Uma das críticas às novas Cartas se refere ao fortalecimento do Poder Executivo, tanto pela possibilidade de se reeleger como por novas atribuições, principalmente em temas econômicos. Um presidente forte não é prejudicial para democracias que têm instituições ainda frágeis? MARTÍNEZ - Pode ser. Por isso, ao mesmo tempo, as Constituições estabelecem instituições paralelas de controle baseadas na participação popular, como o Poder Cidadão ou “Quinto Poder”, como ficou conhecido no Equador. As Constituições outorgam um poder claro à sociedade civil organizada, por exemplo na eleição de determinadas autoridades, sobre as quais já não é o presidente da República quem decide, ou a luta contra a corrupção. O que se faz é recompor a distribuição do poder público, fortalecendo a organização popular, ainda que isso implique uns mandatos mais longos para outros cargos.

Analisando a Constituição da Bolívia, esta estabelece como base, em seu art. 1º, o “pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país”. Em recente episódio, o governo boliviano, sob a gestão de Evo Morales, expropriou duas unidades produtoras de gás da Petrobras, recusando-se a pagar a justa e prévia indenização. Após as devidas negociações internacionais, a questão foi devidamente contornada, indenizando-se a estatal brasileira. Tal movimento vem sendo associado a imagem de Simon Bolívar, sendo denominado na Venezuela de socialismo bolivariano, evidente corruptela do bolivarismo, quanto processo de integração política das Américas.

Presenciam-se, atualmente, no cenário político da América Latina, crises econômicas de abastecimento, com total falência da economia popular, em virtude de excessivas políticas de planificação econômica e centralização das decisões políticas em torno do Estado, sob a pecha de defesa da população. Nos países que aderiram ao Novo Constitucionalismo Latino Americano foram aprovadas leis de controle de abastecimento e da margem de lucros das empresas (Argentina – Lei 26.991; Venezuela – Lei de Preços Justos), bem como de controle dos meios de comunicação (Argentina – Lei 26.522).

Fora isso, o totalitarismo já mostra sua real faceta na Venezuela. Recentemente, o Poder Popular Executivo venezuelano, por meio de

Decreto presidencial, efetuado mediante renúncia expressa de competência legislativa da Assembleia Nacional, autorizou o Exército a reprimir com uso de armas de fogo e força letal toda e qualquer manifestação popular contra o dito socialismo bolivariano.

Uma breve leitura da Resolução nº 8.610, publicada na Gaceta Oficial nº 40.589, de 27 de janeiro de 2015, não dá margem a maiores dúvidas ou digressões. Observe-se que o art. 23.2 é conflitante e paradoxal, ao determinar que “o uso da força potencialmente mortal só está autorizado em uma situação que constitua uma ameaça certa e efetiva à vida de qualquer pessoa envolvida na situação, com a finalidade de preservá-la”. Ora, como preservar uma vida humana autorizando o Exército a aplicar tratamento letal, com potencial risco de morte? Fora isso, o referido dispositivo é de constitucionalidade duvidosa, uma vez que se encontra em aparente conflito com o art. 68 [7] da Constituição venezuelana que “proíbe o uso de armas de fogo e substâncias tóxicas no controle de manifestações pacíficas”. Outrossim, em sede de controle de convencionalidade, melhor sorte não resta, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos [8] e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [9], dos quais a Venezuela é signatária, também reconhecem o direito a reuniões pacíficas, sem intervenção armada do Estado.

Em recentes episódios, o novo constitucionalismo latino americano perdeu força política na América do Sul, com as derrotas eleitorais presenciadas nas últimas eleições da Argentina (executivo) e Venezuela (legislativo).

7 CONCLUSÃO

Ante todo o trabalho de pesquisa desenvolvido no presente artigo, resta claro que as crises econômicas possuem forte impacto nas ações governamentais, bem como nas formas pelas quais o Estado interfere no processo de geração de rendas e riquezas da Nação.

Tal espectro de influência irradia, não raro, efeitos sobre o ordenamento jurídico, permitindo que o campo de aplicabilidade das normas de direitos econômicos e sociais sejam alteradas, no sentido de amplia-las ou mitiga-las.

Nessa linha, a norma jurídica é o veículo legitimador da vontade estatal, se traduzindo em instrumento de imposição de mudanças e alterações sociais. Por sua vez, as correntes contemporâneas de doutrina constitucional

permitem que o campo de amplitude política seja permeado e conformado pelo ordenamento constitucional, de maneira que a zona normativa infraconstitucional não se traduza em violação contextual da Lei Maior e, por conseguinte, em ruptura da ordem vigente e da segurança jurídica.

Assim, tal processo legislativo de contextualização das regras de direito à realidade econômica deve ter como norte inafastável os postulados e princípios constitucionalmente assegurados, de forma a se garantir a continuidade das relações socioeconômicas, bem como a segurança jurídica, a estabilidade política e a satisfação popular.

Não raro, é comum que os períodos de crise econômica sejam marcados, em Nações cuja democracia republicana não se encontra plenamente estabelecida, por tentativas de alterações drásticas no texto constitucional, promovendo-se a ruptura da ordem jurídica vigente e a instalação de regimes totalitários.

Conforme analisado no presente artigo, a crise financeira do subprime norte-americano resultou em adoção de medidas estatais de maior intervencionismo econômico em um primeiro plano, por parte do governo dos Estados Unidos da América, partindo-se para a implementação de ações governamentais de cunho intervencionista social em uma segunda etapa.

Por sua vez, a Europa, em face da crise financeira da zona do euro, adotou medidas de intervenção estatal de cunho econômico, de forma a mitigar e relativizar diversos direitos sociais, tanto de caráter trabalhista quanto previdenciário, o que gerou forte insatisfação social, mormente nos segmentos de classe média de sua população.

Cabe ressaltar que, tanto o mosaico norte-americano, quanto o quadro europeu, respeitaram seus textos constitucionais, não se cogitando, em nenhum momento da crise, em se alterar a *Lex Magna*.

A experiência latino-americana, todavia, permitiu que fossem instauradas novas assembleias constituintes, o que resultou em ruptura drástica da ordem jurídica vigente e, por corolário, em abalo no princípio da confiança recíproca. Tanto Bolívia, quanto Venezuela e Equador promulgaram novas Leis Supremas, que ampliaram o campo normativo de atuação estatal em face do mercado e do cidadão, mitigando direitos fundamentais e liberdades individuais. Em uma primeira etapa, a concentração de poderes no Executivo, usurpando competência legislativa e avocando atribuições jurisdicionais, teve como justificativa a implementação de ações governamentais inclusivas, das

camadas sociais historicamente excluídas do processo de geração de rendas e riquezas e de condução política da Nação.

Todavia, a supressão de direitos fundamentais, de liberdades individuais, a mitigação da separação harmônica dos poderes constituídos do Estado, bem como da esfera do domínio privado da sociedade, gerou um ambiente hostil ao cidadão, baseado em aflição, medo, desesperança e expropriação da propriedade particular. Tal ambiência gestou um cenário propício à implantação de regimes ditatoriais e totalitários, no qual o Estado vive em um cenário de constante ilegalidade, sendo o maior violador do ordenamento jurídico e das normas que ele próprio editou.

Nessa linha, a doutrina denominada Novo Constitucionalismo Latino Americano nada mais se trata de uma nova roupagem dada aos decantados postulados totalitários e ditatoriais, os quais, segundo Hannah Arendt, guardam profunda semelhança com o ordenamento jurídico do nacional socialismo hitlerista alemão, bem como do socialismo stalinista russo.

REFERÊNCIAS

Companhia das Letras. 2015.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT. 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado editor, 1979.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo : Martins Fontes, 2003. Título original: Justice as Fairness: a restatment.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: A Theory of Justice.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010. Obra publicada originalmente em 1929 sob o título Das Reichgerichts als Hüter de Verfassung, e republicada em uma versão ampliada em 1931, sob o título de O Guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung).

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 16. ed. revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. revista, São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

RECEBIDO EM: 27/09/2015
APROVADO EM: 27/11/2015

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PARTICIPAÇÃO POPULAR E AUTONOMIA INDÍGENA COMO EXPRESSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NA COLÔMBIA

NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: POPULAR PARTICIPATION AND INDIGENOUS AUTONOMY AS LEGAL PLURALISM EXPRESSION IN COLOMBIA

Luiz Rogério da Silva Damasceno

Procurador Federal

Procuradoria Seccional Federal Mossoró-RN - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Monismo Estatal ao Pluralismo Jurídico Latino-Americano; 2 Ciclos do Novo Constitucionalismo da América Latina; 3 A Constituição Colombiana de 1991: Participação Popular e Jurisdição Autônoma Indígena como Expressão do Pluralismo; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda o Novo Constitucionalismo Latino-Americano como proposta de um novo paradigma da teoria constitucional surgido enquanto contraponto ao modelo constitucional tradicional de matriz europeia ou norte-americana. O texto aborda a questão do pluralismo jurídico a partir da perspectiva da participação popular e da autonomia das comunidades indígenas na Colômbia, analisando os principais aspectos pluralistas da Constituição de 1991 daquele país.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Teoria Constitucional. Mudança de Paradigma. Pluralismo Jurídico. Participação Popular e Autonomia Indígena na Colômbia. Constituição de 1991.

ABSTRACT: This article discusses the New Latin American Constitutionalism as a proposal for a new paradigm of constitutional theory emerged as a counterpoint to the traditional constitutional model of European or North American headquarters. The text addresses the question of legal pluralism from the perspective of popular participation and empowerment of indigenous communities in Colombia, analyzing the main pluralistic aspects of the 1991 Constitution of that country.

KEYWORDS: New Latin American Constitutionalism. Constitutional Theory. Paradigm Shift. Legal Pluralism. Popular Participation and Indigenous Autonomy in Colombia. 1991 Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar de maneira sucinta as principais características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, seus ciclos evolutivos e sua repercussão na Constituição colombiana de 1991 através de uma análise voltada primordialmente para os aspectos da participação popular e do reconhecimento dos direitos e da autonomia das comunidades indígenas.

A Constituição de 1991 estabelece que a Colômbia é uma república socialista, democrática, participativa e pluralista (art. 1º), bem como que a soberania reside exclusivamente no povo, do qual decorre todo poder público (art. 3º), dando a entender que reconhece como verdadeiro e único titular do poder constituinte a figura do povo. No entanto, a história política recente desse país revela que esse é uma ideal ainda longe de ser atingido, mas que ganhou um importante instrumento com o advento do novo texto magno.

Dessa forma, com o intuito de mostrar o giro paradigmático provocado pelo influxo pluralista que tomou de conta de várias nações latino-americanas, notadamente na Colômbia, país para onde o presente estudo está dirigido, será analisada a evolução e o desenvolvimento histórico que ocasionou o desgaste do monismo jurídico estatista e a conseqüente adoção do pluralismo como alternativa mais condizente com os anseios e necessidades da sociedade complexa e contingente da modernidade pós-industrial.

Por fim, será analisada de forma específica a realidade constitucional da Colômbia, abordando alguns aspectos históricos de seu constitucionalismo, perscrutando alguns dispositivos que tratam da participação popular e do reconhecimento dos direitos indígenas, para então verificar de que modo e em que medida a Constituição de 1991 pode ser considerada parte integrante do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

1 DO MONISMO ESTATAL AO PLURALISMO JURÍDICO LATINO-AMERICANO

O paradigma epistemológico da Modernidade, com sua racionalidade instrumental, impôs aos povos do Ocidente uma forma unidimensional de vida e pensamento. O mundo governado por leis de causa e efeito poderia ser fragmentado e estudado em partes como um relógio pode ser desmanchado e consertado por um relojoeiro. Sendo assim, era possível, através única e exclusivamente da razão, descobrir as leis físicas que regem a vida e os corpos celestes como pretendeu Isaac Newton.

Esse modo de pensar migrou para ciências sociais¹ e, por sua vez, para o campo da Política e do Direito Constitucional, onde o ponto culminante dessa ideologia monista ocorreu com o advento do Estado-Nação e da democracia constitucional representativa de cunho liberal-burguês. No campo do Direito, o advento do Código Civil Napoleônico (1804) representou o momento de apogeu do predomínio do monismo jurídico, onde todos os aspectos da vida em sociedade poderiam ser disciplinados em um único código legal².

Se na Idade Média, a sociedade era plural, com vários centros autônomos de poder e de produção jurídica (clero, monarquias, corporações, senhorios, etc), o advento do Estado Moderno solapou essas formas autênticas de modo de vida, integrando-as ao Estado-Nação ou, simplesmente, eliminando-as quando incompatíveis com o regime estatal. Um só Estado, uma só Nação, um só Direito, era este, podemos assim dizer, o lema do monismo político-jurídico.

Ocorre que com o advento do capitalismo industrial, o modelo monista estatal mostrou-se insuficiente para abarcar toda a complexidade e contingência da sociedade em suas múltiplas faces e vivências. Surge, então, o pluralismo como uma espécie de contraponto ao monismo. As teses pluralistas denunciam o caráter classista das instituições estatais e a sua insuficiência em atender a novas demandas coletivas da sociedade de massa. Acerca da crise do modelo estatista, vale transcrever a lição de Wolkmer³:

Entretanto, esta supremacia representada pelo estatismo jurídico moderno, que funcionou corretamente com sua racionalidade formal, e serviu adequadamente às prioridades institucionais por mais de dois séculos, começa, com a crise do Capitalismo monopolista e a consequente globalização e concentração do capital atual, bem como o colapso da cultura liberal-individualista, a não mais atender o universo complexo dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais.

1 Por exemplo: o positivismo sociológico de Auguste Comte.

2 Segundo Carvalho, como reflexo disso, tem-se que somente o direito estatal, a ciência positiva e a dominação (forma do poder estatal) são reconhecidos de modo oficial, respectivamente, como as únicas e exclusivas formas de direito, saber e poder, sufocando um vasto campo social no qual vigem relações de poder, práticas jurídicas e conhecimentos alternativos. CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*/ Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (orgs.), 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013. p. 23.

3 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 69/70.

Evidencia-se o descompasso de uma estrutura normativista, gerada em função de valores e de interesses, que se sofre incisivas modificações paradigmáticas e não mais retrata os inteiros objetivos das condições presentes.

Dessa forma, a insuficiência do monismo jurídico estatal para regulamentar uma sociedade complexa e, atualmente, a crise da democracia representativa tem servido de mote para fazer surgir e ressurgir formas de pluralismo como meio de questionamento e superação ao modelo normativo estatizante. Nesse sentido, é lição de Wolkmer⁴ quanto aos efeitos decorrentes do desgaste do monismo:

Percebe-se, assim, que a crise do modelo normativo estatizante propicia, gradualmente, amplas possibilidades para o surgimento de orientações “prático-teóricas” insurgentes e paralelas que questionam e superam o positivismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora.

Em outro texto, mas tratando do mesmo tema (pluralismo jurídico), Wolkmer⁵ esclarece os motivos que levaram à derrocada do monismo:

Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento dos bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão sobre a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade.

Assim, a insuficiência do monismo propiciou o reaparecimento do pluralismo jurídico como alternativa à falta de legitimidade e ao esgotamento do modelo jurídico estatal. A propósito, é importante demarcar que, por pluralismo jurídico, pode-se entender, juntamente com Wolkmer⁶, como sendo “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-

4 WOLKMER, 2001, op. cit., p. 170.

5 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção dos direitos humanos. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*/ Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (orgs.), 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013. p. 41.

6 WOLKMER, 2001, op. cit., p. 219.

político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Por sua vez, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano surge dentro desse contexto de reaparecimento das formas plurais de mundividência, representando um contraponto a nova doutrina econômica instalada com o advento do Capitalismo pós-industrial, o chamado neoliberalismo.

Com efeito, em virtude do advento daquele modelo econômico, várias reformas políticas e econômicas promoveram a livre circulação de capitais, bens e serviços, a desregulamentação da economia e a privatização de recursos naturais nacionais, aumentando os processos de desigualdade e exclusão⁷, propiciando e instalando novas formas de dominação.

Como resposta a esse processo de dominação imposto pelo capitalismo globalizante, vários movimentos sociais e revoltas populares eclodiram na América-Latina contra políticas regidas pela cartilha neoliberal, tais como as privatizações do gás e da água na Bolívia, os acordos militares entre a Colômbia e os Estados Unidos e as medidas de austeridade promovidas pelo governo argentino⁸. Outro exemplo de contraponto à práticas econômicas neoliberais foi o surgimento do movimento indígena no México, com a criação do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZNL).

Tal movimentação política e social levou a diversas nações latino-americanas a promover uma verdadeira refundação do Estado através da promulgação de novas cartas constitucionais que garantissem fundamentalmente uma maior participação popular na gestão dos interesses coletivos e o reconhecimento da diversidade étnica e cultural das comunidades tradicionais. É justamente sob esse binômio (participação popular/pluralismo) que se funda o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. A forma e a gradação da evolução deste movimento serão vistas no tópico seguinte.

2 CICLOS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

O movimento constitucional na América Latina costuma ser classificado em três ciclos evolutivos de acordo com a menor ou maior

7 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas* (Sumak Kawsay e Pachamama). Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

8 Ibidem, p. 52.

quantidade de novidades incluídas por ocasião das ondas renovatórias dos textos constitucionais desse período, notadamente no campo da participação popular⁹ e no reconhecimento da autonomia e pluralismo das comunidades indígenas.

Raquel Farjado¹⁰ entende que esse Novo Constitucionalismo, considerado como tal o movimento constitucional de caráter questionador da monoculturalidade e do colonialismo eurocêntrico, somente teve início na América Latina no final do século passado (1980), constituindo-se essencialmente em três ciclos, os quais analisaremos a seguir.

O primeiro ciclo (1982 a 1988), denominado de “Constitucionalismo Multicultural”, caracteriza-se com a abertura das Constituições para a diversidade cultural e o reconhecimento de várias línguas oficiais. As constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos. São Exemplos desse ciclo: a Constituição da Guatemala (1985), a da Nicarágua (1987) e a do Brasil¹¹ (1988).

O segundo ciclo (1989 a 2005), denominado “Constitucionalismo Pluricultural”, coincidiu com o advento da *Convenção n.º 169 da OIT*, que teve forte influência na caracterização desse período, ao trazer em seu texto a necessidade de consulta prévia às comunidades indígenas e a inclusão de fórmulas de pluralismo jurídico consistente no reconhecimento das tradições, dos costumes e das autoridades indígenas. As constituições deste período pluralizam as fontes da produção legal do direito e da violência legítima, no entanto estas formas autônomas de pluralismo são exercidas sob forte controle constitucional. São exemplos desse ciclo: as Constituições da Colômbia (1991), México e Paraguai (1992), Peru (1993), Equador (1998) e a da Venezuela (1999).

9 Uma análise mais pormenorizada sob o enfoque da participação popular pode ser vista em Viciano e Dalmau, 2010.

10 Optamos por essa classificação de Raquel Farjado, tendo em vista o enfoque deste trabalho dado à questão da autonomia da jurisdição indígena na Colômbia, no entanto não ignoramos a existência de outras classificações de autores, os quais apresentam divergências acerca da inclusão, ou não, de algumas constituições nesses ciclos, bem como acerca da própria quantidade e nome dos ciclos. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (org.). *El Derecho em América Latina*. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 141.

11 Para Viciano e Dalmau, a Constituição brasileira não se insere dentro do Novo Constitucionalismo pelos seguintes motivos: i) a participação de representantes da ditadura militar que macularam a composição do processo constituinte; ii) a ausência de consulta popular para ativação do poder constituinte; iii) ausência de ratificação popular do projeto final da Constituição.

Apesar desse ciclo ter representado um acréscimo significativo na autonomia e no reconhecimento do pluralismo das comunidades indígenas e tradicionais, ocorre, por outro lado, uma limitação desses direitos ao que for estabelecido na Constituição e na Lei, criando, com esta vinculação, uma espécie de “pluralismo jurídico subordinado colonial”¹² ou “cláusulas de freio” como limite dos direitos indígenas¹³. Não há efetivamente um pluralismo, mas uma autonomia “vigiada” pela lei.

Por último, o *terceiro ciclo* (2006-2009), denominado “Constitucionalismo Plurinacional”, representou uma quebra de paradigma em relação a teoria constitucional de matriz europeia e norte-americana – antropocêntrica e centralizadora do poder – ao internalizar os conhecimentos tradicionais e a cosmovisão indígena no processo de formação da Constituição. Os principais exemplos são as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que buscam a refundação do Estado com base na plurinacionalidade e no protagonismo indígena.

Este terceiro ciclo surge como uma forma de contraponto ao avanço de políticas neoliberais que dominaram a pauta político-econômica da América Latina, notadamente a partir do início da década de 1990. Representou uma proposta de um novo modelo de sociedade, fundada na centralidade da vida e na integração do binômio ser humano/natureza. Como resultado disso, foram positivados nessas constituições o direito à água e à segurança alimentar, além dos direitos indígenas e reconhecimento de sua cosmovisão (Buen vivir e Pachamama).

A Constituição de 1991 da Colômbia é primeira do segundo ciclo de reformas das constituições da América Latina na classificação proposta por Farjado, sendo pioneira no reconhecimento da jurisdição autônoma indígena. Como fruto de amplo movimento de participação popular, a Constituição colombiana tem papel de destaque para o surgimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. No tópico seguinte, analisaremos as principais inovações desse texto e em que medida ele contribuiu para o desenvolvimento dessa nova visão constitucional.

12 FARJADO, op. cit. 147.

13 WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos da Constituição equatoriana de 2008. VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009. p. 141.

3 A CONSTITUIÇÃO COLOMBIANA DE 1991: PARTICIPAÇÃO POPULAR E JURISDIÇÃO AUTÔNOMA INDÍGENA COMO EXPRESSÃO DO PLURALISMO

A Colômbia é um país de colonização espanhola e formava, juntamente com a Venezuela, o Equador e o Panamá, o denominado Vice-Reinado de Nova Granada. A independência do julgo espanhol somente viria em 1819 com a Batalha de Boyacá¹⁴ e a separação do Equador e da Venezuela apenas em 1830.

Apesar da independência, pode-se dizer que a colonização continuou de outras formas, principalmente através da manutenção da estrutura jurídica colonial e da tradição monista estatal. Várias tradições e culturas originais dos povos colombianos foram suplantadas com a implantação do modelo político do Estado-Nação.

Até chegar ao atual texto constitucional (1991), a Colômbia teve uma das constituições mais duradouras da história do constitucionalismo mundial, ficando atrás em termos de longevidade apenas para a Constituição americana de 1787. Trata-se da Constituição de 1886 que foi resultante de uma coalizão entre conservadores e liberais moderados, coalizão esta que por meio de sucessivos pactos¹⁵ permitiu essa durabilidade da carta constitucional.

Ocorre que a centenária constituição começou a passar por um déficit de efetividade, mostrando-se obsoleta para enfrentar os novos desafios dos direitos fundamentais e assegurar a paz na Colômbia¹⁶. O distanciamento cada vez maior da vontade popular ensejou o surgimento de movimentos sociais de contestação, dentre eles o de maior destaque foi o movimento estudantil conhecido por “Séptima Papeleta”, através do

14 Boyacá é um dos 32 departamentos da Colômbia e sediou a histórica batalha que recebeu seu nome em 07 de agosto de 1819, quando Simón Bolívar derrotou as tropas espanholas.

15 Segundo Zuluaga Gil, dentre esses pactos vale ressaltar aquele que ficou conhecido por Frente Nacional que vigorou entre 1958 e 1974. A principal característica deste período foi o acordo de igualdade entre conservadores e liberais que se comprometeram em alternar a presidência durante os seus 16 anos de vigência, terminando, assim, uma guerra fratricida pelo poder entre esses partidos. Tal pacto deu mais uma sobrevida à Constituição de 1886. ZULUAGA GIL, Ricardo. *Historia del constitucionalismo en Colombia*. Uma Introduciónn. Estudios de Derecho -Estud. Derecho, v. LXXI. Nº 157, junio 2014. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.

16 A Colômbia, como se sabe, é um país acometido pela violência, tendo sérios problemas com grupos guerrilheiros paramilitares (v.g. FARC) e com cartéis de narcotraficantes. Para se ter uma ideia da dimensão da violência, no período que antecedeu as eleições gerais de 1990, nada menos que três candidatos à presidência da república foram assassinados.

qual os estudantes pretendiam incluir nas eleições gerais que ocorreriam em março de 1990 uma sétima opção de voto em que o povo solicitaria uma reforma constitucional mediante a convocação de uma Assembleia Constituinte¹⁷.

Por conta disso, a Constituição colombiana de 1991, apesar de não ter sido ratificada pela vontade popular, já que não houve referendo confirmatório, alcançou alto grau de legitimidade em razão do procedimento democrático de ativação do Poder Constituinte. Nesse sentido, Viciano e Dalmau¹⁸:

Aunque, como se ha hecho mención con anterioridad, han podido existir experiencias paralelas em el ámbito regional, parece claro que la primera manifestación constiynte que define un punto y aparte em la evolución constitucional latino-americana fue el proceso constiynte colombiano, que dio fruto a la Constitución Política de Colombia de 1991, donde, aun de una forma imperfecta pero claramente reconocible, aparecen algunos de los rasgos que impregnarán los procesos constiyntes sucesivos: se da comienzo así al que hemos denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Existe una diferenciación real de origen, y por lo tanto legitimadora, entre la Constitución colombiana de 1991 y sus precedentes em el mismo país: la activación directa del poder constiynte por el pueblo colombiano, fruto de la necesidad social, aunque sus propulsores fueran, principalmente, docentes y estudiantes universitarios.

Como corolário disso, a Constituição colombiana de 1991 possui vários dispositivos normativos que a insere dentro do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, tanto do ponto de vista da democracia participativa como do pluralismo jurídico indigenista. Vejamos.

O artigo 1º estabelece que a Colômbia é um Estado Social de Direito, organizado na forma de uma República unitária, descentralizada, com autonomia de suas entidades territoriais, democrática, participativa e pluralista, baseada na dignidade da pessoa humana, no trabalho e na solidariedade das pessoas.

17 ZULUAGA GIL, op. cit.

18 VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos Y El Uevo Paradigma Constitucional Ius. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010b. p. 16-17.

No Título II da Constituição, denominado “Das Garantias, direitos e deveres”, estabelece que todas as pessoas nascem livres e são iguais perante a lei, receberão a mesma proteção e tratamento das autoridades e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades sem nenhuma discriminação por razões de sexo, raça, origem nacional ou familiar, língua, religião, opinião política e filosófica.

Por sua vez, o art. 103 traz uma gama variada de “formas de participação democrática”, prevendo que são mecanismos de participação do povo no exercício de sua soberania, o voto, o plebiscito, o referendo, a consulta popular, os fóruns abertos, a iniciativa legislativa¹⁹ e a revocatória de mandato. Este último, notadamente, com grande repercussão em outras Constituições (v.g. Venezuela, Bolívia e Equador).

Percebe-se que a Constituição colombiana é bastante rica na quantidade de instrumentos de democracia direta insertos no texto constitucional, contudo, segundo Gaviria Diaz (2010b, p. 149-153), estes instrumentos estão praticamente reduzidos ao exercício do voto, ou seja, estão reconhecidos apenas no campo formal, o que acaba levando o país a caminhar rumo ao aumento das desigualdades sociais e da manutenção do *status quo*.

No campo da política partidária, o art. 107 estabelece o direito de todos de organizar, fundar partidos e movimentos políticos, e a liberdade de filiar-se ou retirar-se. Por sua vez, o texto constitucional, demonstrando nítido caráter pluralista e democrático, traz em seu art. 112 uma espécie de código de direitos da oposição, denominado “estatuto da oposição”, segundo o qual os partidos e movimentos políticos que se declarem de oposição ao Governo, poderão exercer livremente a função crítica frente a este, e planejar e desenvolver alternativas políticas, sendo, para tanto, garantidos os seguintes direitos: o acesso a informação e a documentação oficial, o uso dos meios de comunicação social do Estado de acordo com a representação obtida nas eleições imediatamente anteriores para o Congresso, a réplica nos meios de comunicação.

Outro ponto a ser abordado acerca da Constituição colombiana refere-se ao relevante papel destinado à Corte Constitucional na afirmação e implementação dos direitos fundamentais, sendo o principal órgão estatal responsável pela implementação de políticas públicas e proteção de direitos em favor das minorias.

19 Inclusive para efeito de reforma constitucional (art. 375).

A Corte Constitucional tem previsão no art. 239, sendo composta por membros sempre em quantidade ímpar a ser definida em lei e escolhidos pelo Senado, a partir de listas apresentadas pelo Presidente da República, pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado. Os magistrados são eleitos para um mandato de oito anos e não podem ser reconduzidos. Tem ampla competência constitucional, da qual se destaca a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos governamentais (*Judicial Review*).

Apesar de no campo formal a Constituição colombiana ter aberto amplo espaço para a participação democrática popular, tem sido o protagonismo judicial da Corte Constitucional Colombiana o grande responsável pela efetivação dos direitos fundamentais e de políticas públicas ao propiciar uma interpretação intercultural dos direitos das minorias e das classes sociais historicamente excluídas²⁰.

Num país governado pelo medo, violência, corrupção e a falência da maior parte dos órgãos governamentais, onde até o direito a paz necessitou ser positivado (art. 22), a Corte Constitucional, apesar de seus limites institucionais e perfil conservador de alguns de seus membros²¹, termina por assumir o papel de protagonista na redução do forte descompasso entre a realidade social e a pretensão normativa constitucional, além de ter que atuar em favor das minorias excluídas.

Esse protagonismo judicial tem sido motivado em grande parte pela crise por que passa o modelo da democracia representativa nos países periféricos, bem como em razão do enfraquecimento dos movimentos sociais de base popular e dos partidos de oposição (Uprimny Yepes, 2015). Esse papel exercido pela Corte colombiana também foi impulsionado pela abertura da legitimidade conferida a qualquer cidadão para acionar a Corte, através de instrumentos processuais como a *acción pública*²² e a *acción de tutela*²³.

20 São exemplos desse esforço hermenêutico para efetivar direitos fundamentais: a descriminalização do uso de drogas (sentença C-221/94), permissão para prática de eutanásia ativa em determinadas circunstâncias (sentença C-239/97) e efetivação do direito à saúde por intermédio do Poder Judiciário.

21 Por outro lado, há várias decisões de perfil conservador na jurisprudência da Corte Constitucional, v.g., exclusão dos casais homossexuais da adoção (C-814/01) e a de que a lei não está obrigada a reconhecer efeitos jurídicos das uniões homossexuais (C-098/98).

22 Qualquer cidadão pode promover ação pública perante a Corte Constitucional, conforme art. 242, 1, da Constituição Colombiana, ativando o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos governamentais.

23 Art. 86. Toda pessoa terá ação de tutela para reclamar perante os juízes, em qualquer tempo e lugar, através de si mesmo ou qualquer pessoa agindo em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes são violados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. A proteção consistirá em uma ordem para que, em relação às quais se busca proteção, agir ou abster-se de agir. A decisão, que será de cumprimento imediato, pode ser objeto de recurso para o tribunal competente e, em qualquer caso, ele irá recorrer ao Tribunal Constitucional para a eventual revisão. (Tradução livre).

Neste sentido, abordando o caso específico da Colômbia, Uprimny Yepes (2015) aponta como fatores “dinamizadores” do ativismo judicial no referido país, dentre outros:

Por outro lado, a Colômbia tem uma tradição histórica de movimentos sociais fracos, em comparação com outros países periféricos ou latino-americanos. E não apenas esses movimentos são pouco fortes, como, além disso, nos últimos anos, a violência aumentou consideravelmente os custos e os riscos de seu funcionamento, pois muitos líderes e ativistas foram assassinados. Esses dois fatores – debilidade histórica e riscos crescentes – tendem a fortalecer o protagonismo judicial e, em especial, o da justiça constitucional. Com efeito, se o acesso à justiça constitucional é relativamente fácil, como se explicará mais adiante, é natural que muitos grupos sociais se sintam tentados a preferir o emprego das sutilezas jurídicas, em vez de recorrer à mobilização social e política, que apresenta enorme riscos e custos na Colômbia.

Outro ponto importante a ser analisado na Constituição colombiana é que diz respeito ao reconhecimento dos direitos indígenas. Dada sua importância, foi justamente este aspecto que levou Farjado a incluir a Constituição de 1991 dentro do *segundo ciclo* do Novo Constitucionalismo Pluralista da América Latina.

Desse modo, no art. 7º, o Estado reconhece e protege a diversidade ética e cultural da nação colombiana. Por sua vez, no art. 10º, estabelece o castelhano como língua oficial, contudo as línguas e os dialetos dos grupos étnicos são também oficiais em seus territórios e que o ensino ministrado nas comunidades com suas próprias tradições linguísticas será bilíngue.

Existe também previsão constitucional de participação de indígenas no senado (art. 171), no mínimo dois senadores, e de minorias étnicas – incluindo os indígenas – e colombianos no exterior na Câmara dos deputados (art. 176), sendo reservadas neste caso no mínimo cinco cadeiras para este seguimento.

A Constituição estabelece ainda a posse coletiva das terras comunais (art. 63) e a participação de representantes das comunidades indígenas no procedimento de estabelecimento (demarcação) de entidades territoriais indígenas (art. 329). Ademais, a exploração de recursos naturais em territórios indígenas deve ocorrer sem prejuízo da integridade cultural, social e econômica das suas comunidades, devendo o Governo incentivar a participação dessas comunidades nas tomadas de decisões acerca dessa exploração (art. 330).

Não obstante todos esses avanços em torno dos direitos indígenas, pode-se dizer que é no reconhecimento da jurisdição autônoma indígena que a Constituição colombiana mostra, de forma mais nítida, sua opção pelo pluralismo. Com efeito, o art. 246 reconhece o direito dos povos indígenas exercer funções jurisdicionais no seu território, de acordo com suas próprias regras e procedimentos, desde que não sejam contrárias à Constituição e às leis do país, sendo função da normatividade infraconstitucional criar formas de coordenação entre a jurisdição especial e o sistema jurídico nacional.

Segundo a organização judiciária da Colômbia, a jurisdição indígena compõe, ao lado dos juízes de paz, as chamadas Jurisdições Especiais, braço autônomo do Poder Judiciário, ao lado e no mesmo plano hierárquico da Jurisdição Ordinária, da Jurisdição Administrativa e do Conselho Superior da Judicatura. Suas decisões estão sujeitas apenas ao controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional, que está, nesse tocante, hierarquicamente acima de todas as outras espécies de jurisdição.

A autonomia da jurisdição indígena pode ser percebida também norma infraconstitucional que a regulamenta, qual seja, a Lei 270, de 1996, a qual em seu art. 12 dispõe que:

[...] Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones Jurisdiccionales *únicamente* dentro del *ámbito* de su territorio y

conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas
[...]

A autoridade indígena tem autonomia para definir os crimes, a espécie de pena e a respectiva gravidade de acordo com os costumes e tradições locais, contudo vale ressaltar que a Corte Constitucional estabeleceu os seguintes limites para a jurisdição indígena: não pode incluir pena de morte, tortura, escravidão, trato cruel e deve respeitar o devido processo legal (Farjado, 2011, p. 148).

É verdade que essa autonomia encontra limites na própria Constituição e nas leis, estando, portanto, sob o controle e o julgo de instituições com formação monocultural. Apesar disso, não se pode deixar de vislumbrar a importância deste reconhecimento para o diálogo intercultural e para

o autogoverno das comunidades indígenas, promovendo uma abertura do sistema jurídico para a cosmovisão indígena através da hermenêutica e aplicação do direito, principalmente por intermédio da Corte Constitucional.

Por tudo que foi exposto, pode-se concluir que, embora a Constituição colombiana de 1991 apresente inúmeros limites e déficits de efetividade, pode sim ser incluída como parte integrante do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ao prever mecanismos de ampla participação popular e reconhecer os direitos e a autonomia dos povos indígenas, contribuindo para o desenvolvimento de um pluralismo progressista (Wolkmer, 2011) e para um projeto descolonizador que proporcione maior igualdade e justiça para os povos e nações latino-americanos.

4 CONCLUSÃO

Procurou-se no presente artigo analisar a realidade constitucional da Colômbia à luz do novo paradigma jurídico instaurado com o advento da Constituição republicana de 1991, analisando seus principais aspectos pluralistas decorrentes da previsão de uma maior participação popular e do reconhecimento de direitos e autonomia às comunidades indígenas.

Verificou-se que a crise do monismo jurídico estatista deu-se fundamentalmente em razão da falta de legitimidade e eficácia do direito estatal em reger uma sociedade altamente complexa e contingente surgida em razão da evolução do capitalismo pós-industrial. A crise da democracia representativa e o aparecimento do neoliberalismo com sua doutrina econômica nefasta para a grande maioria da população dos países periféricos também contribuíram para a derrocada do sistema legalista.

Dessa forma, como contraponto ao paradigma monista, surge o pluralismo jurídico de cunho progressista que promove o reaparecimento de formas plurais de mundividência, reconhece a autonomia e a diferença das culturas e tradições locais, permitindo o surgimento de um novo paradigma em termos de teoria constitucional que se convencionou chamar de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Por fim, verificou-se que, embora com limites e déficits de efetividade, a Constituição colombiana de 1991 contribuiu de forma substancial para construção desse novo constitucionalismo notadamente em razão da ampliação dos instrumentos de participação popular e do reconhecimento dos direitos e da jurisdição autônoma das comunidades indígenas.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas* (Sumak Kawsay e Pachamama. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.
- CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade/* Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (organizadores.). 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013.
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (organizadores.). *El Derecho en América Latina*. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-184.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Los derechos económicos y sociales em el nuevo constitucionalismo. In: *Corte Constitucional do Ecuador para el período de transición El nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. 1 ed. Quito, 2010. p. 9-44.
- _____. Construir la democracia em um contexto de amenaza permanente. LANG, Mirian, SANTILLANA, Alejandra (organizadores.) *Democracia, Participación y Socialismo: Bolivia, Ecuador e Venezuela*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg. 2010b. p.149-153.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Corte Constitucional do Ecuador para el período de transición. El nuevo Constitucionalismo latinoamericano. Quito, 2010. p. 9-44.
- _____. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos Y El Uevo Paradigma Constitucional Ius. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010b. p. 7-29
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo; VILLEGAS, Mauricio Garcia. *Corte Constitucional y Emancipación Social em Colombia*. SOUSA SANTOS, Boaventura (organizador.) Emancipacion social y violència em Colombia, Bogota, Norma, 2004.
- _____. *A Judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos*. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/artigos6/port/artigo_yepes.htm. Acesso em: 12 jun. 2015.

ZULUAGA GIL, Ricardo. *Historia del constitucionalismo en Colombia*. Uma Introdução. Estudios de Derecho -Estud. Derecho - v. LXXI. n. 157, junio 2014. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.

WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos da Constituição equatoriana de 2008. VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009. p. 135-150.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção dos direitos humanos. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*/ Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (organizadores.), 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013.



RECEBIDO EM: 09/06/2015
APROVADO EM: 22/01/2016

ASPECTOS RELACIONADOS À CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO

*ASPECTS TO THE TERMINATION OF RETIREMENT OF SERVER
HOW EFFECT OF CRIMINAL CONVICTION UNAPPEALABLE*

*Ricardo Cavalcante Barroso
Procurador Federal
Procuradoria-Regional Federal da 5ª Região
Doutorando em Direito pela UFPE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tratamento legal da matéria e perda do cargo, função ou mandato como efeito extrapenal da sentença condenatória; 2 Da possibilidade de cassação da aposentadoria mediante processo disciplinar; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A aplicação do artigo 92 do código penal na parte em que atribui como efeito da condenação a perda do cargo público não pode ser diretamente estendida para admitir a perda da aposentadoria do ex-servidor público. Falta de previsão legal para esse fim e impossibilidade de aplicação analógica. Possibilidade de cassação da aposentadoria através de processo administrativo disciplinar. Análise do atual posicionamento do superior tribunal de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Efeito da Condenação. Perda de Cargo Público. Perda da Aposentadoria de Servidor Público.

ABSTRACT: implementation of article 92 of the criminal code on the attributes that as effect of conviction loss of cargo public may not directly extended to admit the loss of retirement of former public server . lack of legal forecast for that purpose and analog application inability. cassation of the possibility of retirement through administrative disciplinary process. current analysis of the superior court position.

KEYWORDS: Effect of Conviction. Loss of Public Position. Loss of Retirement of Public Server.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo apreciar a amplitude conferida à previsão legal contida no art.92, I do Código Penal a qual atribui como efeito da condenação criminal a perda do cargo público e a sua possível aplicação com o propósito de cassar a aposentadoria do servidor faltoso.

Observa-se que o tema recebe tratamento diverso e conflitante da jurisprudência pátria, em especial do Superior Tribunal de Justiça, cuja função precípua, no entanto é justamente aplacar essas incertezas interpretativas e uniformizar os entendimentos acerca da aplicação do direito infra-constitucional.

Dessa forma, pululam exemplos no cotidiano forense em que ocorre a cassação da aposentadoria de servidores públicos em razão de condenação penal transitada em julgado, ao passo que se verifica, em outros casos, situação diversa, o que depõe contra a segurança jurídica e a impessoalidade que regem o funcionamento da administração pública e a aplicação da isonomia.

Assim, justifica-se o presente estudo.

Pretende-se, ao final, demonstrar que cassação de aposentadoria como efeito da condenação penal não encontra amparo legal, nem conduz à solução político-criminal mais adequada ao caso.

1 DO TRATAMENTO LEGAL DA MATÉRIA E PERDA DO CARGO, FUNÇÃO OU MANDATO COMO EFEITO EXTRAPENAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Dispõe o código penal que a perda do cargo é efeito da condenação:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

omissis

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Trata-se propriamente de efeito secundário penal específico da condenação¹, que tem por requisitos básicos não serem automáticos e devem ser motivados na sentença, embora não se trate de mera discricionariedade, conforme bem pontua Cláudio Brandão:

O efeitos da condenação tratados pelo referido artigo noventa e dois do Código Penal devem ser motivados na sentença, não se verificando, como dito, automaticamente. Todavia não há discricionariedade do juiz na sua aplicação; por isso, presentes os requisitos estabelecidos pela própria lei, há o dever do julgador de declará-los, demonstrando aqueles requisitos na dita sentença.²

Assim, como visto, são condições para a perda do cargo público que o Réu tenha sido condenado a pena privativa de liberdade por período superior a 1 ano, nos crimes de violação de dever para com a administração pública ou abuso de poder ou superior a 4 anos nos demais casos, além de necessitar de manifestação específica na sentença.

Por sua vez, cumpre esclarecer que o fato de a pena de reclusão ter sido convertida em pena restritiva de direitos em nada afeta o efeito da condenação consistente na perda do cargo, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, verbis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

1 Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.689; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.849; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.539. Enquadrando como pena acessória: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. 1, 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p.738. Enquadrando como sanções ou consequências facultativas: ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.730.

2 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.376.

SUBSTITUÍDA POR RESTRIÇÃO DE DIREITOS. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS. INCIDÊNCIA DE EFEITOS EXTRA-PENAIIS DA CONDENAÇÃO: PERDA DO CARGO E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA.

- Cabimento do habeas corpus para sanar constrangimento decorrente de execução antecipada de penas restritivas de direitos, cuja potencialidade lesiva ao direito de locomoção está representada pela sua conversibilidade em pena privativa de liberdade (precedente do STF).

- A sujeição do condenado à pena como decorrência da condenação definitiva é “regra” e não “exceção”.

- Antes do trânsito em julgado da condenação, as penas substitutivas são inexequíveis (precedente deste STJ).

- Os efeitos extra-penais da condenação não incidem antes do seu trânsito em julgado (precedente deste STJ).

- A incidência do efeito extrapenal específico disposto no artigo 92, I, a, do CP, nada tem a ver com a efetiva execução de pena privativa de liberdade, mas com sua “aplicação” por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes ali definidos, subsistindo, assim, a perda do cargo, ainda que tenha havido substituição da pena corporal.

- O § 2º, do artigo 27, da Lei 8.038/90, não tem aplicação face ao disposto no artigo 15, inciso III, da Constituição da República.

- Ordem parcialmente concedida, apenas para suspender a execução das penas restritivas de direitos e a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado do acórdão condenatório.

(HC 35427/MG, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 20/11/2006, p. 363)

No voto do Ministro Paulo Medina a questão restou bem esclarecida no momento em que se alude ao efeito extrapenal da condenação:

A perda do cargo, tal como consta do artigo 92, inciso I, letra “a”, do Código Penal, diga-se mais uma vez, não é pena, nem principal nem

acessória, não é a condenação em si mesma, como afirma o Ministério Público, é o efeito decorrente da condenação, específico e não automático. Não foi o paciente condenado à perda do cargo, mas a duas penas privativas de liberdade que restaram substituídas. O impetrante, contudo, não tem razão quando sustenta que a perda do cargo está adstrita à efetiva privação da liberdade. (omissis) A razão de ser da perda do cargo não é a incompatibilidade da prisão com a permanência do condenado no cargo eletivo. Se assim o fosse, não haveria porquê estabelecer-se o quantum de pena igual ou superior a 1 (um) ano, como condição para a declaração desses efeitos, pois, nessa situação, dificilmente seria necessário manter-se o encarceramento. Se assim o fosse, poder-se-ia cogitar até mesmo da restituição ao cargo daquele que obteve o livramento condicional antes do encerramento de seu mandato eletivo.(omissis) A substituição da pena não faz desaparecer a sentença, não “apaga” a condenação.³

Ou seja, resulta claro que a perda do cargo ou função é efeito da sentença penal condenatória e não da pena, seja ela qual for.

No entanto, no caso do servidor público já ter ingressado na inatividade, ou seja, tenha sido aposentado no momento da condenação a questão ganha contornos de maior polêmica.

Diante desse fato, é imperioso abordar a questão alusiva à possibilidade de cassação de aposentadoria de servidor condenado criminalmente por sentença transitada em julgado que tenha determinado a perda do cargo como efeito da condenação.

Sobre esse assunto, a jurisprudência pátria diverge. Há precedentes a favor da possibilidade legal de cassação da aposentadoria com fulcro no art.92, I do Código Penal:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE EXTORSÃO QUALIFICADA, COM IMPOSIÇÃO DA PERDA DO CARGO. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA.

SUPERVENIÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. CASSAÇÃO DO ATO DE APOSENTAÇÃO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

3 HC 35427/MG, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 20/11/2006. p. 363.

I - Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público.

II - Alegação de prescrição da penalidade administrativa que não tem razão de ser, na medida em que a cassação da aposentadoria do recorrente não resultou de sanção administrativo-disciplinar, mas de sentença penal condenatória.

Recurso desprovido.

(RMS 13.934/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 12/08/2003, p. 245)

De outro lado, também o STJ tem se posicionado, por sua 6ª turma, pela impossibilidade dessa cassação, em face da atipicidade legal, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO PENAL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO CÓDIGO PENAL. RESSALVA DA RELATORA.

1. De acordo com entendimento firmado pela colenda Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça é inviável ter-se como efeito da condenação penal a perda da aposentadoria, em razão de inexistente previsão legal. Ressalva desta Relatora.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1227116/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013)

No mesmo sentido, ainda, RMS 31.980/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 30/10/2012.

Válida, ainda, a menção à decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 115, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. AGENTE QUE COMPLETOU 70 (SETENTA) ANOS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA E ANTES DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE INTEGRALMENTE A DECISÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 115, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 92, I, DO CÓDIGO PENAL. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA E PERDA DOS PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Arguição preliminar da extinção da punibilidade pela consumação da prescrição punitiva em face da redução do prazo prescricional pela metade pela incidência do art. 115 do Código Penal, por ter completado 70 (setenta) anos após a sentença condenatória, porém antes da prolação do Acórdão. Matéria apreciada de ofício, apesar de não ser objeto da divergência.

2. Embargante que, à época da sentença condenatória, tinha 69 (sessenta e nove anos) de idade. Antes da prolação do Acórdão, este meramente confirmatório da condenação, completou os 70 (setenta anos) de idade.

(omissis)

5. Nos termos do art. 92, parágrafo único, do Código Penal, o efeito extrapenal da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo não é automático. Hipótese em que a mera subsunção do caso concreto à situação descrita na lei é insuficiente para atender à exigência de motivação específica declarada na sentença.

6. Não é possível empregar analogia para determinar a perda dos proventos do condenado com fundamento no art. 92, I, do Código Penal, sob pena de violar o princípio da reserva legal do Direito Penal e contrariar as regras da hermenêutica jurídica, que vedam a ampliação das disposições que criam penalidades e restritivas de direitos. Embargos Infringentes providos em parte.

(TRF5-PROCESSO: 20018200003598302, EIACR6218/02/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO

DANTAS (CONVOCADO), Pleno, JULGAMENTO: 25/04/2012,
PUBLICAÇÃO: DJE 02/05/2012 - Página 145)

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o efeito da condenação previsto no art.92, I do Código Penal trata de efeito penal da condenação, embora reflita sobre esfera das relações extrapenais, de tal forma que sobre essa situação não se admite interpretações extensivas e em mala partem. Com isso, o Tribunal afastou a possibilidade de cassação da aposentadoria de servidor condenado criminalmente por crime funcional cometido em atividade. Vejamos trecho da ementa:

(omissis)

3. Condenado por crime funcional praticado em atividade, anteriormente à aposentaria, que se deu no curso da ação penal, não é possível declarar a perda do cargo e da função pública de servidor inativo, como efeito específico da condenação. A cassação da aposentadoria, com lastro no art. 92, I, alínea “a”, do Código Penal, é ilegítima, tendo em vista a falta de previsão legal e a impossibilidade de ampliar essas hipóteses em prejuízo do condenado.

3. Agravo não conhecido e recurso especial parcialmente procedente.

(REsp 1416477/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014)

Ou seja, vigem, atualmente, posições conflitantes na jurisprudência, quanto à possibilidade, ou não, dessa cassação, embora a tendência atual seja o reconhecimento da impossibilidade de cassação da aposentadoria como efeito da condenação penal do ex-servidor.

Apesar da presente divergência de entendimentos e da juridicidade dos argumentos alinhavados em ambas as correntes, afigura-se mais consentâneo com os princípios que regem a matéria a solução que conclui pela impossibilidade de cassação da aposentadoria.

De um lado, essa solução decorre, como visto, de consectário dos princípios da legalidade estrita e da impossibilidade de aplicação de efeito sancionatório por analogia.

Ora, é cediço que, em matéria penal, não é admissível a extensão punitiva para alcançar comportamentos ou sujeitos não estritamente abrangidos no tipo penal. Por todos: “A analogia, a qual consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei disposição legal relativa a um caso semelhante, é terminantemente proibida em direito penal, o qual deve estrita observância ao princípio da legalidade.”⁴

Ainda que o efeito secundário da condenação não seja estritamente penal – ressalvada a posição de Rogério Greco acima mencionada – estende-se a ele a principiologia do direito penal ou do direito sancionatório do Estado.

Neste sentido, o administrativista Cretella Jr. ao tratar o direito administrativo sancionador bem leciona:

No campo do direito, o ilícito alça-se à altura de categoria jurídica e, como entidade categorial é revestida de unidade ôntica, diversificada em penal, civil, administrativa, apenas para efeito de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença quantitativa ou de grau, não a diferença qualitativa ou de substância. Deste modo, o ilícito administrativo caminha em plano menos elevado do que o ilícito penal, é um minus em relação a este, separando-os o matiz de oportunidade conveniência, avaliado pelo critério axiológico, possível na esfera discricionária do administrador e do magistrado, contingente ao tempo e às áreas geográficas.⁵

Assim, não se admite, também para efeito secundário da condenação, estender sua aplicação e incidência para hipótese não expressamente contemplada na lei formal.

De outro lado, obsta-se a cassação da aposentadoria por uma razão de fundo, qual seja, o efeito secundário da condenação não é pena. Ou seja, não faz parte da condenação a perda da aposentadoria. O efeito extrapenal da sentença é perda do cargo ou função, fato que se deduz diretamente do fato de que é inconcebível pensar que um servidor ou agente público possa continuar exercendo um cargo público se foi condenado, com trânsito em julgado, pelo cometimento de crime em violação aos deveres que deve guardar com a Administração Pública com pena superior a 1 ano ou,

4 REsp 1022478/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011.

5 CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 118.

quando se tratar de qualquer crime, nos casos de condenação em pena superior a 4 anos.

Ora, impensável admitir que um agente público mantenha-se com vínculo com a Administração quando ficou demonstrado em sentença penal que não tem honestidade ou lisura suficientes para manter o vínculo estatal.

Veja-se que não se trata de qualquer crime ou infração penal de menor envergadura, mas sim e somente naqueles casos de penas superiores a 1 ano, no primeiro caso, e 4 anos, no segundo.

Disto resulta que a perda do cargo é coerente como efeito da condenação, já que não é compatível que o condenado continue exercendo a mesma função na administração pública, apesar da condenação.

Isto porque a manutenção do servidor criminoso na Administração Pública traz elemento negativo para a coisa pública, dado o nível de interferência que pode guardar com o funcionamento da Administração, podendo voltar a delinquir ou envolver terceiros nessa atividade, entre outros riscos.

Coisa diversa é o vínculo do aposentado, eis que, passando à inatividade, perde por completo seu espaço de interferência nos negócios do Estado, não se justificando a perda da aposentadoria, portanto.

De outro lado, ceifar o aposentado do seu benefício de inatividade seria retirar-lhe fonte de sustento, fato que pode constituir elemento capaz de dificultar sua reinserção social e estimulá-lo à clandestinidade.

Assim, seja por razões eminentemente jurídicas ou por fundamentos de política penal, não se afigura adequada a solução que conclui pela perda da aposentadoria como efeito secundário da condenação penal.

2 DA POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA MEDIANTE PROCESSO DISCIPLINAR

Para além da discussão acerca da perda do cargo como decorrência direta da condenação penal, tal fato não elide a possibilidade de a administração pública, motu proprio, no âmbito federal, proceder com a apuração da irregularidade e aplicação a sanção cabível, inclusive de cassação da aposentadoria, conforme dispõem os artigos 127 e 134 da Lei n. 8.112/90.

Vejamos o teor dos preceitos citados:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

(Omissis)

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

(Omissis)

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

O mesmo raciocínio aplica-se perfeitamente aos regimes jurídicos de servidores estaduais ou municipais, de acordo com o seu regulamento sancionador.

Ou seja, mesmo que não houvesse ação penal ou sua sucessiva condenação, a perda do cargo ou cassação da aposentadoria pode ser procedida como decorrência do processo disciplinar competente no âmbito administrativo.

Ademais, válida a citação a Guilherme de Souza Nucci:

Afinal, se a condenação criminal permite a perda do cargo e da função, logicamente deve-se abranger o emprego público, cuja diferença única existente com o cargo é que o ocupante deste é submetido a regime estatutário, enquanto o ocupante de emprego público é submetido a regime contratual (CLT).

A aposentadoria, que é direito a inatividade remunerada, não é abrangida pelo disposto no art. 92. A condenação criminal, portanto, somente afeta o servidor ativo, ocupante efetivo de cargo, emprego, função ou mandato eletivo. Caso já tenha passado à inatividade, não mais estando em exercício, não pode ser afetado por condenação criminal, ainda que esta advenha de fato cometido quando ainda estava ativo. Se for

cabível, a medida de cassação da aposentadoria deve dar-se na órbita administrativa, não sendo atribuição do juiz criminal⁶

Ou seja, a partir de uma análise mais literal do preceito, invocando-se a reserva legal, realmente torna-se dificultoso adotar a posição da perda da aposentadoria como decorrência direta da sentença penal transitada em julgado.

Assim, o fato de não haver a perda da aposentadoria como decorrência da condenação penal não afasta a possibilidade de cassação do benefício após o devido processo administrativo disciplinar.

3 CONCLUSÃO

Como observado, em que pese a franca divergência jurisprudencial sobre a matéria, entende-se como solução mais apropriada aquela que conclui pela impossibilidade de cassação da aposentadoria de ex-servidor condenado criminalmente, na forma do art.92 do Código Penal, como efeito secundário da condenação penal.

Por outro lado, fica certo que, nestes casos, resulta aberta a possibilidade de cassação da aposentadoria através da instauração de processo administrativo disciplinar competente, nos termos dos art.s 127 e 134 da Lei n. 8.112/90.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 525.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RECEBIDO EM: 30/09/2015
APROVADO EM: 22/01/2016

GRATUIDADE DE JUSTIÇA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*FREE ACCESS TO JUSTICE AND THE NEW BRAZILIAN CODE OF
CIVIL PROCESS*

Shandor Portella Lourenço

Procurador Federal

Mestre de Direito Empresarial pela FDMC

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Lei n.º 1.060/50; 2 O novo regime jurídico da gratuidade de justiça – Lei 13.105/2015; 2.1 Abrangência subjetiva; 2.2 Abrangência material; 2.3 Aspectos procedimentais; 2.4 O Procedimento no CPC de 2015; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa o instituto da gratuidade de justiça sob o regime do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015. Para tanto, apresentaremos as principais inovações em relação ao instituto, sob as perspectivas materiais e procedimentais. Por consubstanciarem, em muitos aspectos, quebras de velhos vícios paradigmáticos e conceituais arraigados na tradição jurídica brasileira, procuramos nos valer do renovado conceito de pobreza jurídica, agora inspirado concomitantemente pelos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da boa-fé. Com o objetivo de enriquecer o debate sobre o tema, as novas regras procedimentais serão examinadas, dando sempre primazia ao contexto constitucional que inspiraram o legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Gratuidade de Justiça. Novo Código de Processo Civil. Acesso à Justiça. Assistência Judiciária.

ABSTRACT: This article analyzes the institute of free access to justice according to the regime of the New Code of Civil Procedure, enacted on March 16, 2015. In order to do so, we will present the main innovations to the institute of access to justice, through the substantial and procedural perspectives. Because the free access to justice and the New Code of Civil Procedure represent, in many aspects, a breaking from the traditional paradigmatic and conceptual defect rooted in the legal Brazilian culture, we will utilize the concept of legal indigence, that is now informed by the concepts of undeniability of jurisdiction and good faith. Aiming to enrich the debate on the theme, the new procedural rules will be examined, always giving priority to the constitutional context that inspired the legislator.

KEYWORDS: Free Access to Justice. New Code of Civil Procedure. Access to Justice. Legal Aid.

INTRODUÇÃO

A promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) representou, desde a promulgação da Constituição de 1988, uma das alterações legislativas de maior magnitude no Direito Brasileiro.

A nova lei processual representa mais que um Código meramente regulamentador dos procedimentos de natureza cível. Recheado de novos paradigmas dogmáticos, o Código de Processo Civil de 2015 foi construído a partir do debate entre as diversas correntes de pensamento doutrinárias e, após algumas idas e vindas nas duas casas do Congresso Nacional, acabou aprovado e sancionado com *vacatio legis* de 1 (um) ano.

Como resultado desse longo trabalho legislativo, gestou-se um texto normativo com nítido clamor por renovações e mudanças paradigmáticas.

Os princípios constitucionais passaram a integrar o próprio texto do Novo Código, prestigiando-se o movimento conhecido como “constitucionalização do direito privado”. O objetivo do legislador é bastante claro: impedir que algumas práticas procedimentais obsoletas, mas arraigadas na tradição jurídica brasileira, permanecessem em vigor, a despeito de contrariarem normas constitucionais vigentes, reprodutoras dos legítimos anseios democráticos da comunidade jurídica em geral.

Mesmo sob o olhar cético de boa parte dos operadores do Direito, a nova lei processual representa a superação de antigos entendimentos, muitos deles gerados sob a vigência de um Código de Processo aprovado em um regime ditatorial. De fato, a aprovação da Lei n.º 5.869/73 ocorreu num dos períodos políticos mais obscuros da história nacional.

Pretende-se, pois, que o CPC de 2015 represente uma mudança de mentalidade direcionada não só ao Poder Judiciário, mas a todas as partes que integram a relação processual, notadamente o jurisdicionado. Todos os direitos e obrigações deverão ser pautados pela cooperação entre as partes e pela boa-fé objetiva. Um novo modelo de jurisdição pautado na primazia da solução consensual dos conflitos foi criado.

Nesse sentido, importou ao legislador dar nova roupagem a um aspecto importante da jurisdição: o amplo acesso à Justiça a todos que dela necessitarem, mesmo que desprovidos de capacidade econômica.

Trata-se da concretização no plano infraconstitucional do direito individual previsto no inciso LXXIV da Constituição Federal, no sentido de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, além de tangenciar os princípios da inafastabilidade da jurisdição¹, do devido processo legal², do contraditório e ampla defesa³. Além disso, a gratuidade judiciária vem sendo concebida como uma peça essencial no mecanismo de realização da justiça.

O presente trabalho pretende, pois, apresentar e discutir o novo regime jurídico da gratuidade de justiça trazida à lume pelo CPC de 2015. Para tanto, apresentaremos as principais inovações, sob as perspectivas materiais e procedimentais. Por tratar-se, em muitos aspectos, de quebras de paradigmas, procuramos nos valer, em nossa análise crítica, do renovado conceito de pobreza jurídica, agora inspirado concomitantemente pelos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da boa-fé objetiva.

1 A LEI 1.060/50

Tendo como norte a inafastabilidade da jurisdição, a concessão da gratuidade de justiça passou a ser regulamentada basicamente pelo próprio Código de Processo Civil, já que seu art. 1.072 revogou expressamente os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei n.º 1.060/50.

Vale dizer, uma nova roupagem foi dada ao regime jurídico da justiça gratuita no Brasil por meio da derrogação⁴ da antiga lei que estabelecia “normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados”.

A medida veio em boa hora, posto que a Lei n.º 1.060/50 tratava indiscriminadamente de assuntos diversos: assistência judiciária e gratuidade de justiça.

Sob a distinção entre os institutos, é exemplar a lição de Elpídio Donizetti Nunes⁵:

1 Cf. Art. 5º, [..]. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

2 Cf. Art. 5º, [..]. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

3 Cf. Art. 5º, [..]. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

4 Cf. Lei Complementar n.º 95/98. Art. 12, inciso II c/c Decreto-lei 4.657/42. Art. 2º.

5 NUNES, Elpídio Donizetti. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 84

Art. 5º [...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O dispositivo constitucional instruiu dois instrumentos de promoção do acesso à justiça, que são comumente confundidos ou tomados como sinônimos: a assistência judiciária e a gratuidade judiciária, também denominada justiça gratuita.

Assistência judiciária – em sentido lato – é gênero que compreende também a gratuidade judiciária. Direciona-se ao Estado, que deve, por meio das defensorias públicas ou de advogado especialmente nomeado para esse fim, patrocinar as causas daqueles que não podem arcar com os honorários contratuais de um advogado. Já a gratuidade judiciária é benefício que se traduz na suspensão da exigibilidade das custas, das despesas processuais e dos honorários.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de José Roberto de Castro⁶:

Os militantes do foro judicial, quase que como regra, empregam as expressões “ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA” e “JUSTIÇA GRATUITA” como sinônimas. É uma praxe forense que é admitida por todos: advogados, juízes, promotores e serventuários.

O emprego das expressões como sinônimas, entretanto, não está correto, embora tal atitude, por si só, não acarrete prejuízos para o interessado. [...]

Em conclusão, assistência judiciária é, num primeiro plano, a faculdade legal que se assegura ao “necessitado” de ver seu direito individual lesado apreciado pelo poder jurisdicional, para fins de reparação, sem que para tanto tenha que custear as despesas processuais. Num plano segundo, assistência judiciária é o órgão estatal encarregado de oferecer advogado ao “necessitado”, para o mesmo postular em juízo o seu direito. [...]

Justiça gratuita, por sua vez, é a consequência da assistência judiciária, no sentido de isenção de todas as despesas processuais (custas, taxas, emolumentos, honorários advocatícios e periciais, etc).

6 CASTRO. José Roberto de. *Manual de Assistência Judiciária*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 25.

Dos dezenove artigos da Lei de Assistência Judiciária, de 05 de fevereiro de 1950, vigente até 17 de março de 2016, subsistiram seus artigos 1º, 5º, 8º, 9º, 10, 13, 14, 15, 16, 18 e 19.

Vale dizer, remanesceram válidos os dispositivos que se relacionam mais de perto com a assistência judiciária propriamente dita, tais como a organização da assistência judiciária pelas pessoas de direito público internas; obrigatoriedade da aceitação do encargo de perito ou defensor, dentre outras questões afetas a representação processual do jurisdicionado.

2 O NOVO REGIME JURÍDICO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA – LEI 13.105/2015

No que tange à gratuidade de justiça propriamente dita, passou a mesma a ser disciplinada, basicamente, pelos artigos 98 a 102 do Novo CPC, sem prejuízo de uma infinidade de dispositivos afetos ao tema e presentes em outras seções e capítulos da Lei 13.105/2015⁷.

Quanto ao novo regime jurídico do instituto, além de prestigiar entendimentos jurisprudenciais já sedimentados no âmbito do Poder Judiciário, tais como a possibilidade de concessão de gratuidade de justiça às pessoas jurídicas (art. 98), o fato da assistência do requerente por advogado particular não impedir a concessão do benefício (§4º do art. 99), entre outros; o CPC de 2015 alterou substancialmente o procedimento referente à apreciação jurisdicional do pedido de gratuidade de justiça, o qual passou a seguir a nova tendência de condensar a análise das questões acessórias nos próprios autos do processo judicial, sem a necessidade de instauração de incidentes processuais materializados em autos em apartado. Preocupou-se o legislador que o jurisdicionado pudesse obter, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Outras importantes mudanças e inovações também foram verificadas no CPC de 2015, conforme trataremos mais à frente em tópico específico sobre o tema.

2.1 Abrangência subjetiva

A primeira questão a ser posta em discussão sobre o tema propriamente dito diz respeito ao conceito ainda vago e indeterminado daquilo que convencionou-se chamar de “pobreza jurídica”. Ou seja, quais

7 Cf. Artigos 82; 95, §§ 3º e 4º; 168, §2º; 337, XIII; 478, §1º; 565, §2º; 968, §1º; 1.015, V; 1.021, §5º e 1.026, §3º.

são os pressupostos necessários para se considerar um jurisdicionado, seja ele pessoa humana ou jurídica, habilitada à concessão da gratuidade de justiça?

O parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50 considerava necessitado “para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”⁸.

Sucedo, todavia, que o referido dispositivo restou expressamente revogado pelo art. 1.072, inciso III do Novo Código de Processo Civil. Em seu lugar, o artigo 98 apenas diz que tem direito à gratuidade de justiça “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”.

A simples inserção expressa da pessoa jurídica no rol dos contemplados pela regra de concessão de gratuidade de justiça do art. 98, conforme já vinha sendo reiteradamente decidido com substrato no Enunciado 481 da Súmula do STJ⁹, denota, por si só, a impropriedade da aferição da necessidade com base no critério do pagamento das despesas processuais implicar ou não “prejuízo do próprio sustento ou da família”.

Em reforço a esse pensamento, prevê o §3º do art. 99 que “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

Sob esse enfoque, diante da absoluta falta de critérios objetivos e por tratar-se, agora mais do que nunca, de um conceito jurídico indeterminado, a capacidade econômica da parte deverá ser aferida pelo Juiz no caso concreto, através de decisão devidamente fundamentada, notadamente quando tratar-se de pessoa jurídica, já que, em relação a esta, a afirmação feita por seu representante legal sequer possui qualquer presunção de veracidade.

Acerca da inclusão das pessoas jurídicas, já em 1991, Luis Alberto Thompson Flores Lenz¹⁰ fez as pertinentes e atualizadas reflexões:

8 Sobre o sobredito conceito, Glauto Gumerato Ramos faz, com dados do IBGE, interessante análise estatística sobre a renda da população brasileira no trabalho “Assistência Jurídica Integral ao Necessitado”. RAMOS, Glauco Gumerato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 765, 1999, p. 48 – 57.

9 Cf. Enunciado 481 da Súmula do STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

10 LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 674, 1989, p. 68.

[...] Com a adoção de tal diploma legal [a Carta Federal de 1988], os representantes do povo pretenderam socializar e humanizar o acesso dos milhões de brasileiros completamente alijados do processo de produção e decisão desde País, a alguma forma de tutela e proteção dos seus direitos mais elementares, dos quais restaram absolutamente despojados pelo abismo de miséria e pobreza que segrega um enorme contingente da nossa gente, da posição relativamente confortável em que se encontram a classe média e alta e os ricos no Brasil.

Neste sentido, impõem-se superar as restrições que alguns juristas tinham em deferir à assistência judiciária aos entes coletivos de fins humanitários.

Não há qualquer preceito na Lei 1.060/50 que alimente ou encoraje semelhante discriminação.

Sob esse aspecto, preferiu o legislador não formular um critério objetivo para definição do conceito de “pobreza jurídica”. Preferiu, nesse ponto, manter a avaliação do preenchimento do critério econômico ao prudente arbítrio judicial. Todavia, novos elementos legislativos vieram para enriquecer a referida análise, dentre eles a possibilidade de deferimento parcial do benefício e parcelamento de custas, despesas ou honorários sucumbenciais.

De outra parte, é de se ressaltar que a abrangência do conceito de capacidade econômica para fins de concessão de gratuidade de justiça é mais abrangente que a capacidade tributária, seja ela efetiva ou potencial.

Nesse sentido, a propriedade de bens de consumo e serviços, tais como veículos, casa própria, plano de saúde etc, não devem ser determinantes para, isoladamente, fundamentarem eventual decisão indeferitória do benefício, posto que os avanços no plano das políticas públicas de inclusão social e melhoria de renda do trabalhador não devem representar retrocesso no âmbito processual para fins de consagração dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e amplo acesso à Justiça.

Nesse sentido é a lição de Hélio Márcio Campo¹¹:

11 CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência Jurídica Gratuita e Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 58

A ideia de necessitado, para fins de obtenção de assistência jurídica, há de ser entendida em seu sentido relativo, jamais absoluto, como insuficiência de meios para suportar os gastos do litígio, de modo que ela é mais ampla que a do miserável, aproximando-se assim, à situação do pobre. [...]

Pobre, assim, é o economicamente fraco. É aquele que tem impotência econômica. É, enfim, a pessoa que, sem possibilidade de prejudicar a si e à sua família, não terá condições de arcar com as custas do processo, cujo conceito abarca os indigentes e os miseráveis; por isso, como argutamente observa Jorge Americano, para alcançar a assistência não é preciso que o indivíduo viva da caridade pública.

Contudo, o julgador deve estar sempre atento para que abusos não sejam cometidos. A concessão do benefício deve ser avaliada na justa medida da viabilidade econômica concreta de acesso ao Judiciário, não devendo se transformar num salvo conduto para uma litigância irresponsável e isenta de riscos sucumbenciais.

2.2 Abrangência material

Quanto à abrangência material do benefício, algumas inovações merecem destaque.

O parágrafo 1º do art. 98 do Novo CPC deu maior amplitude ao rol de atos e despesas abrangidos pelos benefícios da gratuidade justiça. A listagem contida no art. 3º da Lei 1.060/50, ora revogado pelo art. 1.072, III da Lei n.º 13.105/15, passou a abarcar, além das custas, uma série de despesas processuais, vale dizer, tudo aquilo que, mesmo não integrando a gama de serviços prestados ou disponibilizados pelo próprio Poder Judiciário, é necessário ao andamento do processo.

Dentre as inovações, chama a atenção a inclusão das despesas devidas a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo no qual o benefício tenha sido concedido.

A inserção desse dispositivo teve repercussão inclusive quanto ao procedimento, vez que, por ter sido afetado diretamente, o notário passou a ter legitimidade para impugnação do pedido de gratuidade de justiça, o que veremos mais à frente.

Do mesmo modo, merecem destaque a inclusão dos honorários do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documentos redigidos em língua estrangeira, bem como o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida a instauração da execução.

O inciso que antes cuidava tão somente da gratuidade do exame de DNA, passou a abranger também “outros exames essenciais”. Já a ressalva do direito de regresso do empregador responsável pelo pagamento das despesas de seu empregado arrolado como testemunha deixou de ter previsão legal específica.

O § 4º do art. 98 consagrou entendimento que há muito já vinha sendo sufragado pelos tribunais ao dispor que “a concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas”.

De outra parte, o novo Código é muito severo quanto à observância dos deveres processuais pelas partes. Por essa razão, prevê a imposição de multas pelos mais diversos motivos. Em relação a essas, a concessão de gratuidade de justiça não operará nenhum efeito.

No plano regulamentar, diversos avanços também foram observados. A par das dificuldades materiais de se implementar o custeio das prestações positivas necessárias para a efetividade dos benefícios da gratuidade de justiça, uma série de medidas foram tomadas para que se viabilizassem a realização de perícias e exames, entre outras atividades em prol dos necessitados.

Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução nº 127, de 15 de março de 2011, disciplinou o pagamento de honorários de perito, tradutor e intérprete, em casos de beneficiários da justiça gratuita, no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus.

No âmbito federal, o Conselho da Justiça Federal – CJF expediu a Resolução CJF n.º 305/2014, de 07 de outubro de 2014, dispondo sobre o cadastro de profissionais e o pagamento de honorários a advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes, em casos de assistência judiciária gratuita no âmbito da justiça federal e da jurisdição federal delegada. Nesse mesmo sentido, já havia o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editado a Resoluções 35/07.

Ainda nessa linha de iniciativas, merecem aplausos o Programa “Pai Presente” do CNJ de âmbito nacional, materializado nos Provimentos da

Corregedoria Nacional de Justiça n.º 12/2010 e 16/2012. Atos normativos que facilitaram os procedimentos de registro de paternidade, bem como fomentaram iniciativas e convênios para atendimento das demandas em que a realização de exames de DNA se faz necessária.

2.3 Aspectos procedimentais

Sob o regime da lei de 1.060/50, o procedimento do pedido gratuidade de justiça iniciava-se, via de regra, já com a petição inicial ou contestação, oportunidade em que o representante processual da parte necessitada requeria o benefício. Para tanto, instruía a exordial ou a defesa com as respectivas declarações firmadas por seus mandatários no sentido de que não podiam “arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento ou da própria família”. Em favor dessas declarações, sempre militou uma presunção relativa (*juris tantum*) de veracidade¹².

O pedido de concessão ou revogação do benefício anteriormente concedido, a teor do que dispunha os artigos 6º e 7º do sobredito diploma normativo, podiam ser formulados no curso da ação. Nessas hipóteses, todavia, as petições deveriam ser autuadas em apartado e apensadas aos autos principais, depois de resolvidos os respectivos incidentes¹³.

Para os casos de requerimento indevido de gratuidade de justiça previa-se o pagamento em décuplo das custas judiciais, conforme previsto no §1º do art. 4º.

Ainda quanto ao procedimento de concessão do benefício, a despeito da plena vigência do art. 93, IX da CF/88, raramente as decisões concessivas foram motivadas. O que se viu na prática forense foi uma série de decisões judiciais despidas de qualquer fundamentação, ainda que sucinta.

De toda sorte, quando instaurado o procedimento de impugnação ao pedido de justiça gratuita, concebido como incidente processual pelo

12 Art. 4º. [...]. §1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

13 Art. 6º. O pedido, quando formulado no curso da ação, não a suspenderá, podendo o juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência. A petição, neste caso, será autuada em separado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, depois de resolvido o incidente.

Art. 7º. A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão.

Código de 1973 e pela Lei 1.060/50, raros foram os casos de revogação do benefício. Exceto nas hipóteses de evidente e notória situação de riqueza, o entendimento jurisprudencial revelou-se casuístico, vago e, muitas vezes, até mesmo desproporcional.

Como dito alhures, a intenção do legislador, mantido nesse aspecto os mesmos critérios avaliativos, sempre foi que a apreciação do pedido fosse feita no caso em concreto, levando-se em conta as especificidades de cada jurisdicionado, seja ele pessoa humana ou jurídica, independentemente de limites ou paradigmas pré-concebidos e dissociados da realidade social e econômica em que estão inseridas as partes litigantes.

Sob esse aspecto, Hélio Márcio Campo¹⁴ traz ao debate questão da mais alta relevância. Tendo em vista a importância da tese por ele sustentada, permitimo-nos transcrevê-la em sua integralidade, posto que sucinta:

Pouco importa, então, para alcançar o benefício, a renda da pessoa, eis que existem demandas cujos custos são altíssimos, e muito menos o valor buscado no pleito judicial, pois a lei não estabelece qualquer limite.

A existência de patrimônio também não é obstáculo para que determinada pessoa venha a ser qualificada como necessitada para fins legais, já que existem capitais improdutivos. [...]

É por isso que, conforme leciona Araken de Assis, o conceito de necessidade, utilizado pelo art. 5º, LXXIV, da Constituição, ostenta sentido amplíssimo, e não se circunscreve, rigorosamente, à insuficiência de recursos econômicos.

De mais a mais, é por essa mesma razão que o benefício também é ampliado à categoria de pessoas, na sociedade contemporânea de massas, reunidas sob a feliz designação de carentes organizacionais.

Não obstante a boa lógica argumentativa traçada pelo sobredito autor, entendemos que suas conclusões, notadamente após a vigência do CPC de 2015, devem ser interpretadas “cum grano salis”.

14 CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência Jurídica Gratuita e Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 59

De fato, não deve ser estabelecido a priori um critério de renda objetivo para o deferimento ou não do benefício, mas também o montante de renda auferido pelo requerente não deve ser desprezado.

Na verdade, o que deve ser observado e sopesado é a possibilidade no caso em concreto do requerente arcar com as custas, despesas e honorários no caso em concreto, mesmo que de forma parcial.

A questão patrimonial, mesmo que “improdutiva”, tal qual constante da argumentação supra mencionada, também deve integrar a análise judicial do conceito de pobreza jurídica, já que a parte que não está amparada pelo benefício terá em alguma medida que fazer um esforço patrimonial para arcar com as custas, despesas e honorários sucumbenciais. A exigência de que o mesmo tratamento seja dado àquele que vive sob condição econômica privilegiada tão somente encerra a concretização do princípio da igualdade e da razoabilidade.

Nesse sentido, a afetação do patrimônio suntuoso no plano material e processual sequer é novidade entre nós. A Lei n.º 8.009/90 já declarava em seu art. 2º que “excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adorno suntuosos”.

Não obstante, acerca da questão patrimonial, José Carlos Barbosa Moreira¹⁵ empresta solução interessante ao problema:

Outro ponto que tem dado margem a dúvidas: fica excluída a concessão do benefício pelo fato de ter o interessado bens de certo valor? A questão foi muitas vezes suscitada a propósito de inventários, em que o inventariante requer a gratuidade apesar de considerável acervo hereditário. Deve partir-se da premissa de que o pressuposto legal do direito ao benefício é a “situação econômica” que não permite a alguém “pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (Lei 1.060, art. 2º, parágrafo único). Os dados essenciais são, pois: a) os rendimentos; b) os bens consistentes em pecúnia, de que o interessado tenha disponibilidade – p. ex., depósitos (não bloqueados!) em conta-corrente – ou ainda os facilmente conversíveis em dinheiro, como títulos com cotação no mercado, coisas negociáveis com rapidez e simplicidade. A existência

15 MOREIRA. José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista de Processo*, n. 67, p. 128, 1992. Revista dos Tribunais.

de patrimônio imobiliário, por si só, não afasta necessariamente, sob quaisquer circunstâncias, a possibilidade da concessão.

O propósito maior da lei é avaliar se, mesmo diante da possibilidade de parcelamento ou concessão parcial do benefício, a renda e o patrimônio liquidável do requerente são, ou não, absolutamente insuficientes para proporcionar ao seu titular o amplo acesso à Justiça. Caso a resposta seja positiva, o benefício deverá ser concedido. Contudo, na hipótese da contraparte demonstrar que existe algum meio de pagamento desses encargos através de um esforço econômico razoável e exigível, o benefício deve ser indeferido.

2.4 O procedimento no CPC de 2015

Os procedimentos de concessão, revogação, entre outros aspectos da gratuidade de justiça, a partir da vigência do CPC de 2015, passam a ser regidos pela Seção IV do Capítulo II do Novo Código Civil (art. 98 a 102), sem prejuízo dos outros dispositivos esparsos no texto do Novo CPC.

Já em seu primeiro artigo, a Lei 13.105/2015 dispõe que “o pedido de gratuidade de justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em outro recurso”. Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, ao contrário do que ocorria sob o regime anterior, a petição será juntada aos autos do próprio processo.

De início, o estado de pobreza jurídica deverá ser comprovado mediante declaração subscrita pelo interessado ou por procurador com poder especial para sua realização, podendo constar da própria petição inicial ou contestação.

A impugnação ao pedido de justiça gratuita que, no regime anterior, era autuada em apartado e consubstanciava um autêntico incidente processual, passa a ser matéria a ser alegada em preliminar de contestação, conforme determina o inciso XIII do art. 337.

A tendência é, de fato, trazer para os autos do processo principal não só essa, mas diversas outras questões que antes eram tratadas incidentalmente em autos em apartado. Evitar-se-á, dessa forma, demora excessiva à solução da demanda, além de reforçar o princípio da eficiência.

Uma vez impugnado o pedido, poderá ser aplicada regra do ônus dinâmico da prova, tal qual a inovadora disciplina contida no §1º do art. 373 do CPC de 2015.

De fato, diligenciar a instrução do processo com os devidos comprovantes de rendimento, de propriedade de bens, entre outros, é indubitavelmente mais fácil à pessoa humana ou jurídica requerente da gratuidade de justiça que para a contraparte. Caberá, contudo, ao prudente arbítrio do Juízo determinar quais diligências caberão a cada uma das partes.

Em face da decisão que deferir a gratuidade ou que acolher a impugnação à sua concessão caberá agravo de instrumento, exceto se decidida a questão em sentença, oportunidade em que caberá apelação.

Note-se que a referida decisão deverá ser sempre motivada. O CPC de 2015 foi inclusive enfático nesse particular, repetindo regra expressa do texto constitucional desde 1988.

Tal preocupação, entretanto, não é sem motivo, posto que a ausência de fundamentação das decisões tornou-se um verdadeiro vício na prática forense, havendo até, no plano doutrinário, quem defendesse a sua perpetuação. Nesse sentido, é o superado entendimento do Desembargador do TJSP Maurício Vidigal¹⁶, do qual ousamos discordar:

O deferimento não precisa de exposição de seus fundamentos. Esse procedimento não viola o princípio constitucional da motivação das decisões (art. 93, IX, da Constituição Federal). Deve ser entendido que, quando o juiz defere pura e simplesmente o requerimento sem expor razões, ele o está fazendo por não ter encontrado motivos relevantes para decidir de forma contrária. Somente viria retardar o andamento já moroso dos processos se, em decisões semelhantes, fosse exigida a exposição dos fundamentos do deferimento.

De toda sorte, a opção pelo cabimento do agravo de instrumento como meio recursal idôneo para impugnar as decisões acerca da gratuidade de justiça encerra antiga polêmica criada pelo revogado art. 17 da Lei 1.060/50 que, absolutamente na contramão do sistema recursal vigente, dispunha que cabia apelação contra a decisão que julgasse o pedido de gratuidade de justiça.

Além da impropriedade dogmática e procedimental, já que não havia disciplina para a interposição de apelação quando a decisão fosse proferida nos autos do processo principal, por vezes, a par do princípio da fungibilidade recursal, diversos tribunais deixavam de conhecer os recursos interpostos

16 VIDIGAL, Maurício. *Lei de Assistência Judiciária Interpretada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 42.

sob a forma de agravo de instrumento, sob a alegação de que havia erro grosseiro, uma vez que a legislação previa a espécie recursal própria.

Fato é que a questão restou superada pelos artigos 101, caput e 1.015, V do Novo CPC, que deram tratamento lógico e uniforme à matéria.

Ainda acerca da impugnação ao pedido de gratuidade de justiça, a Lei 13.105/2015 contempla uma nova espécie de legitimado que pode trazer situação inusitada ao processo.

Trata-se da possibilidade do notário ou registrador requerer “ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais”, a revogação total ou parcial do benefício, ou mesmo sua substituição pelo parcelamento, conforme §8º do art. 98.

Nas comarcas com especialização de varas por matéria, o referido pedido recairá, na maior parte dos casos, ao Juízo da Vara de Registro Público. Vale dizer, o pedido de revogação ou parcelamento será formalizado em juízo diverso do juízo com jurisdição sobre o processo.

Note-se que essa dualidade de competência pode gerar situação afastada da equidade.

Realmente, suponha-se que o pedido de gratuidade de justiça tenha sido deferido e, após regular impugnação do réu, tenha sido mantido pelo juízo da vara de família em que o processo tem curso. Ingressando o notário contra a sobredita concessão, nos termos do §8º do art. 98, entende o juiz da vara de registros públicos que o autor não preencheu os pressupostos para a concessão do benefício e revoga-o em relação ao pagamento dos emolumentos devidos ao notário.

Haverá, nessa hipótese, duas decisões antagônicas: uma que concede a gratuidade de justiça e outra que reconhece ausente seus pressupostos concessivos.

Parece-nos, nesse contexto, que andou mal o legislador ao atribuir mais de uma competência para o julgamento do pedido de gratuidade de justiça.

De outra parte, teve fim a velha controvérsia acerca da incompatibilidade do requerente ser representado por advogado privado com a concessão da gratuidade de justiça. A confusão decorria do equívoco entre os conceitos

de assistência judiciária e gratuidade de justiça, o que agora foi dirimido pelo §4º do art. 99, que deixou claro que “a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade de justiça”.

O Novo Código de Processo Civil também encerrou terrível e antigo equívoco contido no CPC de 1973 quanto aos ônus sucumbenciais e sua compensação. Não raro, via-se decisões que, ao tratar dos honorários sucumbenciais, deixava até mesmo de fixá-los, malgrado uma interpretação sistemática do art. 12 da Lei 1.060/50 já demonstrasse o equívoco desse procedimento.

Agora não restam dúvidas quanto à necessidade de sempre fixarem-se os honorários sucumbenciais, mesmo nas hipóteses de concessão de gratuidade de justiça.

Nesse sentido são os §§ 2º e 3º do art. 98 do Novo CPC, *in verbis*:

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Da mesma forma, perdeu vigência o malfadado art. 21 do CPC de 1973, que determinava a “compensação” dos honorários e as despesas, vez que contaminado de uma lamentável atecnia.

Mesmo antes do § 14 do art. 85 do CPC de 2015 declarar que “os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”, o art. 23 do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94) já deixava claro que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.

O art. 368 do Código Civil (Lei 10.406/2002), por sua vez, também já disciplinava, dentre os requisitos da compensação, a identidade de credores e de dívidas recíprocas para que se operasse a compensação.

Distinguindo-se, pois, claramente as verbas pertencentes à parte daquelas devidas ao seu advogado, o Novo CPC só veio a corrigir um injustificável equívoco inclusive da jurisprudência do STJ que chegou a sumular o entendimento em favor de compensação de valores pertencentes a credores distintos por meio do Enunciado 306.

De toda sorte, não resta dúvida que a sobredita jurisprudência restou mitigada, de modo que a nova legislação separou com clareza as obrigações e créditos da parte daquela concernente ao seu advogado, inclusive quanto a legitimidade recursal, dispondo no §5º do art. 99 que “o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade”.

É de se ressaltar, por fim, a inovação mais significativa em relação ao tema de gratuidade de justiça. Trata-se da possibilidade de concessão parcial da gratuidade de justiça, bem como o parcelamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Prevê o art. 98 do CPC de 2015 em seus §§ 5º, 6º e 7º, *in verbis*:

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

A possibilidade de parcelamento e a concessão parcial da gratuidade de justiça consubstancia evidência da necessidade de análise mais criteriosa da concessão do benefício.

3 CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil deu um tratamento bastante remodelado ao sistema de gratuidade de justiça no ordenamento jurídico brasileiro.

Procurou o legislador dar um tratamento ponderado e atualizado à garantia de que o Estado proverá a gratuidade de justiça aos que “comprovarem insuficiência de recursos”, tal qual preconizado no inciso XXIV do art. 5º da Constituição de 1988.

A Lei n.º 1.060/50, que antes regia toda a matéria, inclusive dando tratamento indiscriminado à assistência judiciária e gratuidade de justiça, foi parcialmente revogada. As regras subsistentes passaram a regulamentar basicamente o instituto da assistência judiciária, ao passo que a gratuidade de justiça propriamente dita passou a ser regida pelo Código.

O procedimento de concessão, impugnação e revogação do benefício restou bastante simplificado, já que a referida sistemática, assim como ocorreu com diversas questões processuais incidentais, passaram a ser decididas nos próprios autos do processo, de modo ágil e eficaz, sem a formação de autos em apartado. Tal iniciativa, por si só, já representa importante avanço, vez que, não raro, tais incidentes processuais passavam a representar, na prática, mais um procedimento contencioso autuado, dentre tantos outros, sob a responsabilidade instrutória e decisória do Juízo.

Sanou-se, com o novo texto, antigo equívoco interpretativo quanto à possibilidade de compensação de verba honorária, já que restou sacramentado no novo Código que o titular da sobredita verba é o advogado e não a parte, não obstante já houvesse norma legal afirmando essa circunstância desde 1993, quando da promulgação da Lei n.º 8.906.

Assentou-se, ainda, no plano legislativo, a possibilidade de extensão do benefício para tão somente alguns atos, bem como a viabilidade de parcelamentos de custas, despesas ou honorários sucumbenciais.

Dentre as novidades procedimentais, consolidou-se a regra de cabimento de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre rejeição do pedido de gratuidade de justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação. Findou-se, assim, antiga discussão sobre o cabimento desse recurso ou mesmo a aplicação do princípio da

fungibilidade em face do que constava do art. 17 da Lei n.º 1.060/50, que restou providencialmente revogado pelo art. 1.072, III do CPC de 2015.

Da análise conjunta de todos os dispositivos que passam a reger a gratuidade de justiça, mesmo sob o enfoque da garantia da inafastabilidade da jurisdição e da garantia de que o Estado proverá assistência judiciária aos que “comprovarem insuficiência de recursos”, ressaltamos que a análise do conceito de pobreza legal merece, de agora em diante, uma análise mais criteriosa para sua concessão.

Como reforçado ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, o conceito de “pobreza jurídica” não se confunde nem se traduz em situação de miserabilidade social. Nesse contexto, não obstante os avanços sociais promovidos em favor da melhoria da renda das classes menos favorecidas, grande parte da população continuará inserida no rol dos beneficiários da gratuidade de justiça.

Contudo, é necessária a devida sensibilidade para se distinguir as situações em que o pedido de gratuidade de justiça encerra verdadeiro abuso de direito. Vale dizer, aquelas situações em que o jurisdicionado, mesmo com algum esforço, teria condições de arcar parcial ou integralmente com as custas, despesas e honorários sucumbenciais, mas afirma levemente ser pobre no sentido legal.

O Novo Código de Processo Civil foi severo quanto à fixação de verbas sucumbenciais, impondo um sistema objetivo e progressivo de fixação de honorários advocatícios. Ao deduzir sua pretensão perante o Poder Judiciário, o jurisdicionado, mesmo que orientado pelo seu representante processual, deve estar ciente das potenciais obrigações decorrentes da judicialização do conflito.

Nesse sentido, uma postura mais rígida quanto à concessão da gratuidade de justiça seria salutar até mesmo para uma nova cultura de solução consensual de conflitos, pois uma salutar ponderação sobre os riscos sucumbenciais do litígio incutiria nas partes o desejo de terem seus conflitos resolvidos sem o ônus de suportar os pesados encargos decorrentes de uma demanda judicial tradicional.

Note-se que não se está defendendo a vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou amplo e democrático acesso à justiça. Nas hipóteses em que a parte preencher os requisitos concessórios, a gratuidade de justiça será corolário lógico e natural do pedido legitimamente formulado.

Tratamos, contudo, de boa parte dos jurisdicionados que, a despeito de não poderem ser classificados como abastados, tampouco ostentam a condição de vulnerabilidade social.

É justamente nessa “zona cinzenta” em que deve o juiz proceder a uma análise mais criteriosa do pedido de gratuidade de justiça.

O clamor por mudanças impregnado ao longo de todo texto do CPC de 2015 é evidente. A prática observada sob a vigência do CPC de 1973 de decisões padronizadas, muitas vezes sem qualquer fundamentação, não deve mais prevalecer.

Não há como negar que existe uma certa incredulidade quanto à efetividade de uma mudança abrupta de paradigmas, mesmo diante de um texto tão rico e promissor em relação a um novo modelo de jurisdição.

Isso se reflete até mesmo na inércia do Poder Judiciário que, mesmo frente aos imensos desafios que se avizinham para a magistratura em geral, pouco se avançou nas medidas materiais necessárias ao cumprimento das novas regras processuais, notadamente quanto à criação e aparelhamento dos novos centros de solução consensual de conflitos.

Contudo, é bom se ter em mente que é preciso tempo para que novos conceitos e soluções sejam não só construídos, mas também consolidados.

Nesse cenário, a promulgação do CPC de 2015, ao menos em relação ao tema da gratuidade de justiça, representou, por si só, importante avanço em direção a um modelo de jurisdição calcado nos princípios democráticos do amplo acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, agora calcados na boa-fé, cooperação entre as partes e efetividade.

REFERÊNCIAS

CAMPO. Hélio Márcio. *Assistência Jurídica Gratuita e Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CASTRO. José Roberto de. *Manual de Assistência Judiciária*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

LENZ. Luís Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. *Revista dos Tribunais*, n. 674, São Paulo, 1989.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista de Processo*, n. 67, p. 128, 1992.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, Glauco Gumerato. Assistência jurídica integral ao necessitado. *Revista dos Tribunais*, n. 765, p. 48 – 57, São Paulo, 1999.

VIDIGAL, Maurício. *Lei de Assistência Judiciária Interpretada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.